

# **”Reelle hensyn” i norsk rettstenkning**

**Stian Haldsrud**



Masteroppgave

Institutt for statsvitenskap

**UNIVERSITETET I OSLO**

10. mai 2006



## **INNHOLD**

Forord.....	5
<b>1.0 INNLEDNING, PROBLEMSTILLING OG METODE.....</b>	<b>6</b>
1.1 Innledning med problemstilling.....	6
1.2 Metode.....	8
1.3 God latin i statsvitenskapen?.....	12
<b>2.0 REELLE HENSYN SOM BEGREP.....</b>	<b>15</b>
2.1 Alf Ross.....	15
2.2 Carl August Fleischer.....	16
2.3 Torstein Eckhoff.....	22
2.4 Jens Evald.....	26
2.5 Fredrik Sejersted.....	27
2.6 Sverre Blandhol.....	28
2.7 Morten Kinander.....	30
2.8 Min forståelse. Begrepets utvikling.....	34
2.8.1 Bred og snever bruk av reelle hensyn.....	38
2.8.2 Begrepsutviklingen.....	40
<b>3.0 REELLE HENSYN I RETTSPRAGMATISME OG RETTSREALISME.....</b>	<b>50</b>
3.1 Innledning.....	50
3.2 Anton Martin Schweigaard – vår første pragmatiker.....	53
3.3 Konesjonssaken.....	56
3.3.1 Kristiania Byrett 1913.....	58
3.3.2 Høyesterett 1918.....	59
3.4 Fullmaktslovgivningen.....	62
3.5 Drøfting.....	68
3.5.1 Når kom skiftet i Høyesterett?.....	69
3.6 Oppsummering og blick fremover.....	71

<b>4.0 REELLE HENSYN I KONSTITUSJONELL SEDVANERETT.....</b>	<b>76</b>
4.1 Innledende kommentarer.....	76
4.2 Når og hvordan kom konstitusjonell sedvanerett til Norge?.....	78
4.2.1 Frede Castberg.....	78
4.2.2 Bredo Morgenstjerne.....	79
4.2.3 Over Skagerrak etter vann.....	81
4.2.4 Spesialkomiteen av 1927.....	83
4.3 Drøfting. Reelle hensyn som kriterium eller element.....	85
4.4 Sammenfatning.....	90
 <b>5.0 AVSLUTTENDE KOMMENTARER OG KONKLUSJONER.....</b>	 <b>94</b>
5.1 Normativt forsvar.....	94
5.2 Oppsummering og konklusjoner.....	100
5.3 Veien videre.....	104
 <b>6.0 REFERANSER.....</b>	 <b>106</b>
 <b>7.0 VEDLEGG.....</b>	 <b>113</b>

## **Forord.**

Ideen til denne masteroppgaven ble til under forelesningsrekken om konstitusjonell teori med Knut Midgaard og Trond Nordby våren 2005. Trond ville gjerne at en student skrev en oppgave om reelle hensyn, som er et ganske nytt begrep innenfor jussen generelt og rettskildelæren spesielt. Den foreliggende masteroppgaven bygger videre på emneoppgaven fra den gang.

Jeg føler vel at det har vært en marsj i upløyd mark. Å skulle bruke et juridisk begrep i statsvitenskapelig sammenheng krever støtte. Min største takk går derfor til Trond Nordby, som oppmuntret til å gå videre med denne oppgaven, og som mer enn én gang måtte lese utkast og kommentere disse. Hans veiledningstimer går man ikke upåvirket fra, og stadige ”stå på gutt!” hilsener vitner om engasjement. Takk Trond!

Dessuten vil jeg få takke professorene Eivind Smith, Dag Michalsen, Erik Boe, Carl August Fleischer og Hans Petter Graver ved det juridiske fakultet for at de satte av tid med samtaler. Videre takker jeg Fredrik Sejersted hos Regjeringsadvokaten for at han tok imot meg i en travel tid.

Min søster Kajsa leste et foreløpig manuskript, og kom med noen korreksjoner og tillegg. Takk til deg. Uansett er de feil og mangler som måtte forekomme mine egne.

Oslo, 10. mai 2006

Stian Haldrud

## 1.0 INNLEDNING, PROBLEMSTILLING OG METODE.

### 1.1 Innledning med problemstilling.

Våre tre statsmakter fungerer i et samspill med hverandre etter mer eller mindre spesifiserte spilleregler. Maktfordelingsprinsippet, som ble det bærende på Eidsvoll i 1814, betydde en streng deling av makten mellom Stortinget (lovgivende), Regjeringen (utøvende) og Høyesterett (dømmende). Etter riksrettssaken i 1884 og spesielt unionsoppløsningen 1905, begynte disse vanntette skottene å lekke, og innflytelser og impulser fløt fra én statsmakt til en annen. Særlig forholdet mellom Høyesterett og Stortinget ble etter hvert av en sådan karakter. Førstnevnte inntok i mange tiår rollen som rettsstatens beskytter, hvor de borgerlige rettigheter ble forsvart mot staten. Men Norge som selvstendig stat fikk implikasjoner for domstolens rolle som rettighetsforsvarer. I årene som fulgte, presset industrialiseringen og moderniseringen seg på, og hvor særlig partiet Venstre fikk en viktig rolle som premissleverandør (se Nordby 1983; Nordby 1991). Krefter innad ville bremse denne utviklingen, men endte med at den seirende fløyen fikk igjennom en til å begynne med forsiktig modernisering – særlig tuftet på landets naturressurser, og da i første rekke vannkraften. Venstrestaten<sup>1</sup> under statsminister Gunnar Knudsen er også kjennetegnet av at Høyesterett ble gjort mer lydhør for påpekninger fra de folkevalgte. Ut gikk dommere som forfektet spilleregler fra før 1905, og inn kom mer progressive lovanvendere, gjerne aktører fra venstrekretsen, som begynte å dømme mer eksplisitt ut fra vurderinger av hva som var samfunnsgagnlig. Med andre ord: der hvor den dømmende statsmakt før hadde dømt til ulempe for staten, fikk sistnevnte nå en mye større støtte for sine moderniseringsprosjekter – selv om dette fikk som konsekvens at individuelle rettigheter til en viss grad ble krenket. Det er slike friere overveielser om det kvalitetsmessige og rimelige ved rettsutøvelsen, som er mitt hovedtema i denne oppgaven, og som kalles *reelle hensyn*.

Men slike hensyn kan også gjøre seg gjeldende på en annen måte. I 2014 skal Norge feire at Grunnloven vår er 200 år. Det er den nest eldste forfatning som fremdeles er i

---

<sup>1</sup> Uttrykket stammer fra Rune Slagstad. Se for eksempel Slagstad, Rune (1998) *De nasjonale strateger*. Oslo: Pax Forlag.

bruk etter den amerikanske. Selv om det opp igjennom tidene har vært revisjoner i dette verket, består hovedtrekkene og ”Konstitutions Aand” (Andenæs 2001:56). Som Trond Nordby har påpekt, har Grunnloven ”vært lett å tøy, lett å bøye” (Nordby 2002:482), og nettopp denne smidigheten har ført til at den har kunnet bevares som symbol og autoritet gjennom dens eksistens. Mye av dette kommer også av at grunnlovskonsipistene på Eidsvoll hadde knapt med tid med tanke på at Kong Karl Johans tropper var på vei nordover fra kontinentet, og derfor måtte de ta til takke med en mer generell og mindre rigid grunnlov.

Det har blitt hevdet i litteraturen at de som vil studere den norske statsforfatningen *ikke* kan lese bare Grunnloven. Begrunnelsen for dette er at den vil gi et helt galt inntrykk, og heller vise leseren og den interesserte hvordan de politiske kunststykker ble utøvet de første tiårene etter 1814 og grunnlovsfedrenes verk (Hernes 1980:90). I stedet er den norske grunnloven supplert med andre regler som for eksempel andre lover, forskrifter, Stortingets forretningsorden, ”skikk og bruk regler”, og sist men ikke minst det som denne oppgavens fjerde kapittel vil omhandle – konstitusjonell sedvanerett.

En slik sedvanerett ble lenge fordømt i Norge som ugyldig lære. Særlig ble det parlamentarismens lodd de første barneårene å bli kasteball mellom eksperter innen statsforfatningsretten. Men etter hvert, da unionen med Sverige ble oppløst og Norge ble en selvstendig stat, anerkjente flere at sedvaneretten på det konstitusjonelle området, altså forholdet mellom de høyeste statsmaktene, var et faktum. Først ble de politiske normene etablert, så kom jussen etter og sørget for straffeansvar for den eller de som brøt sine plikter etter den konstitusjonelle orden. Rundt 1930 var mistillitsvotumet anerkjent som en rettslig norm, og selve grunnprinsippet i forholdet mellom lovgivende og utøvende makt. Kongen var nesten 20 år tidligere fratatt sine gamle rettigheter, og fungerte nå som et nøytralt statsoverhode som hadde overlatt statsaffærene til de to andre statsmaktene. Det er derfor ikke å gå for langt når vi dermed kan si at grunnlovens viktigste prinsipp, maktfordelingsprinsippet, ikke lenger gjør seg gjeldende i sin strikte form. Men det måtte nesten femti år til for at dagens praksis endelig ble akseptert og godtatt, politisk som juridisk. I dette spillet, om hva

som skal regnes som sedvaner, kommer de reelle hensyn inn som et kriterium eller element ved vurderingen. Læren fra gammelt av stilte opp tre kriterier<sup>2</sup>, men utover på 1900-tallet ble også mer overgripende kvalitets- og rimelighetsvurderinger spilt inn som et nytt krav. Det er dette som undertegnede kaller de reelle hensyns andre rolle.

### **Problemstillingen.**

Oppgavens problemstilling utkrystalliseres dermed til: *hva er reelle hensyn, og hvordan brukes det?* Dette reiser flere spørsmål:

- Hvordan defineres reelle hensyn?
- Hvordan oppstod og utviklet dette begrepet seg?
- Hvordan brukes uttrykket av utvalgte eksperter innen statsforfatningsretten?
- Vant begrepet reelle hensyn innpass som følge av endret juridisk tenkemåte?

### **1.2 Metode.**

”Det ville for øvrig være en interessant rettshistorisk oppgave å følge fremveksten av dagens begrep ”reelle hensyn”. Derved kunne en fra en begrepshistorisk synsvinkel belyse utilitarismens fortrenghet av naturretten i norsk rettsteori” (Slagstad 1987:399).

Min oppgave vil gripe tak i dette, idet den vil bli en eksplorerende og begrepshistorisk oppgave som tar mål av seg å følge utviklingen av de mer friere overveielser i rettsutøvelsen, i blant annet saker med store samfunnsmessige implikasjoner. Den vil inneha deskriptive og normative elementer, idet jeg prøver å beskrive hvordan en praksis har vært, og etter det diskuterer hvordan man eventuelt kan gå frem i fremtiden. På denne bakgrunn henter jeg næring fra Ottar Dahls avhandling: *Om årsaksproblemer i historisk forskning*. Han presenterer her en metode; den analytisk-konstruktive (Dahl 1956:10). I denne prosessen forener forskeren det deskriptive og det normative. På den ene siden vil man komme lengre enn de eksisterende teoretisk-metodiske orienteringene, og dermed ”konstruere nye redskaper for den vitenskapelige tenkning og forskning” (ibid.). Helt normativ i tradisjonell forstand er den heller ikke.

---

<sup>2</sup> Se for eksempel Castberg 1964:50.



Jeg vil legge frem alternative metoder og fremgangsmåter, som det så overlates til andre å bedømme og eventuelt benytte seg av. Derfor er denne metoden mer nøytral fordi den ikke tar sikte på å skulle komme med helt klare anbefalinger. Jens Arup Seip skriver om denne tilnærmingen, at ”den vil [...] både beskrive hva historikeren gjør, og den vil undersøke muligheten av å gjøre det bedre” (Seip 1983:177). Særlig godt antar jeg denne virksomheten gjelder for en statsviter som begir seg inn på jussens domene. Juristene har selvsagt alle forutsetninger for å mestre det området bedre enn meg. Det er derfor jeg begrenser oppgaven til å komme med løsninger og alternativer som andre får vurdere. Men da har undertegnede samtidig bidratt med sitt; nemlig om mulig å dra debatten rundt reelle hensyn lengre, og kanskje vært fødselshjelper for en litt annen forståelse av slike hensyn. Den nevnte metodes nøytralitet settes nok litt under press. I denne oppgaven blir det deskriptive element veldig klart i det jeg går igjennom hvordan begrepet ”reelle hensyn” har blitt brukt. Allikevel består hovedtrekkene av Ottar Dahls metode.

Kapittel to omhandler ”reelle hensyn” som begrep. Her vil litteraturen på området gjennomgås. Det blir i all hovedsak den norske rettskildelitteraturen som presenteres, med særlig vekt på lærebøkene til Torstein Eckhoff og Carl August Fleischer. Dette får stå som nestorenes bidrag i gjennomgangen. I de senere år har også yngre krefter skrevet om reelle hensyn. Hovedsakelig er dette unge jurister og stipendiater. Jeg tar sikte på en hovedsakelig kronologisk fremstilling. En gruppering av juristene på en annen måte forekommer meg vanskelig, og ville nok ført til oppkonstruering av kunstige skillelinjer. Ved siden av litteraturen vil jeg gjennom hele oppgaven presentere oppklarende poenger og utfyllende informasjon fra samtaler med innsiktsfulle og utvalgte eksperter innenfor jussen generelt og statsforfatningsretten spesielt. I Norge har det ikke blitt skrevet så altfor mye om reelle hensyn, og de gangene det nevnes er det stort sett de samme frasene som benyttes. Dog har lærebøker og avhandlinger de siste årene i sterkere grad drøftet slike hensyn. Jeg har samtalen med følgende jurister: Eivind Smith, Dag Michalsen, Fredrik Sejersted, Erik Boe, Carl August Fleischer og Hans Petter Graver. Det blir derfor disses skjebne å være en del av empirien i oppgaven. De vil kunne fortelle om man etter krigen

opplevde endringer i selve jussen, og om dette kan forklare hvorfor uttrykket reelle hensyn ”plutselig” dukket opp. Var det på bakgrunn av et paradigmeskifte innenfor jussen? Paradigmebegrepet kan i seg selv diskuteres, men min mening med det er om vi kan se endringer i selve tankegangen i jussen, eller om det tvert imot kan beskrives som en linje med kontinuitet og stor grad av stabilitet.

Kapittelet bygges opp på denne måten: 2.1 til og med 2.7 redegjør for hva som legges i uttrykket reelle hensyn av hovedsakelig norske jurister, men også innslag av danske bidrag. 2.8 som en sammenfatning tar opp diskusjonen hva reelle hensyn egentlig er, og ikke minst hva undertegnede forstår med dette begrepet. Videre er det meningen å skulle plassere mine intervjupersoner i båser. Rettere sagt er min intensjon å se nærmere på hvordan de ulike ekspertene bruker uttrykket i henhold til en snever og bred definisjon, som jeg kommer tilbake til. Dessuten ser jeg nærmere på selve begrepshistorien. Dette blir en gjennomgang og diskusjon rundt selve begrepet, og når det kom inn i det juridiske språket. På mange måter blir dette et tokt hvor myter skal avlives, og særlig den at det var Torstein Eckhoff som fant opp begrepet.

Litteraturen i kapittel to blir, bortsett fra den nevnte rettskildelitteraturen, bidrag fra Norsk Rettstidende og mer generell rettsfilosofi.

I kapittel tre dreies fokuset fra det rent rettslige aspektet vedrørende reelle hensyn, til en mer statsvitenskapelig retning. Dette kommer til uttrykk ved at jeg tillegger ”reelle hensyn” en mer politisk slagside i situasjoner hvor Loven ikke gir noe svar i den saken som er til behandling, og hvor dommerne blir overlatt til sine egne subjektive vurderinger. Min intensjon med dette kapittelet er å trekke de lange linjer, fra den unge Anton Martin Schweigaard rundt 1840, til våre dager. Av dette vil jeg prøve å vise at tanker om samfunnets vel, samfunnsgagnlige vurderinger fra lovanvenderens side, har spilt en stor rolle i konkrete saker med store samfunnsmessige implikasjoner, og hvor synet på eiendomsretten skiftet. Et annet poeng jeg streber etter å få frem, vil være det faktum at en praksis har en lengre tradisjon enn selve navnet og begrepet som dette kalles.

Kapittel tre vil forfølge denne linjen: I 3.1 presenteres en tese som er smeltet sammen av to teorier – en fra jussen og en fra historien. Sammen blir dette av mer statsvitenskapelig art, og som min diskusjon senere vil handle om. Herfra og videre ser jeg mer empirisk på hvilken plass slike hensyn har hatt. 3.2 ser på Anton Martin Schweigaard, og hvordan han på mange måter var vår første pragmatiker som gjorde bruk av samfunnsgagnlige overveielser, altså forløper til reelle hensyn, til folkets beste. 3.3 behandler den store konsesjonsdommen i 1918, som ble en skjellsettende dom, og som banet veien for statens økende dominans og innflytelse på særlig eiendomsretten. 3.4 ser på tiden etter krigen, og behandler fullmaktslovgivningen, som fikk Høyesteretts autorisasjon, og som dermed økte den statlige dominansen ytterligere. I 3.5 drøftes det når denne mer statsvennlige holdningen kom i Høyesterett. 3.6 er en sammenfatning, som også tar opp til debatt hvilken plass reelle hensyn vil innta i fremtiden. Spørsmålet er om et mer internasjonalt regelverk vil presse slike hensyn tilbake fra å være til tider dominerende.

Kapittel fire omhandler reelle hensyn innenfor den konstitusjonelle sedvaneretten. Jeg ser det som ekstremt nødvendig å påpeke at reelle hensyn og konstitusjonell sedvanerett ikke utgjør et nødvendig par. Reelle hensyn finnes i den generelle sedvaneretten, men siden denne oppgaven pretenderer å skulle bli av statsvitenskapelig art, så vil jeg se på de konstitusjonelle sidene. Med det grepet forsvinner mye av den rent juridiske fremstillingsformen. Jeg ser det videre som ytterst påkrevet å redegjøre for når og hvordan den konstitusjonelle sedvaneretten ble akseptert i Norge. Derfor underkastes den viktigste bestanddelen, parlamentarismen, en mer grundig undersøkelse. Alt dette gjøres i 4.2. 4.3 drøfter om reelle hensyn er et eventuelt fjerde kriterium, eller bare et nytt element ved vurderingen av hvorvidt en norm kan kalles en sedvane. 4.4 sammenfatter, hvor jeg også ser på spørsmålet om konstitusjonell sedvanerett er nødvendig. Det synes naturlig å ta med noen tanker om dette, siden reelle hensyn spiller inn som et moment ved avgjørelsen av om en norm er blitt en sedvane eller ei. Dermed er spørsmålet om en slik sedvanerett, med innslag av reelle hensyn, egentlig er noen særdeles viktig konstruksjon.

Litteraturen i kapittel tre og fire blir noe mer omfattende. Her brukes i større utstrekning nye og eldre bøker om norsk statsforfatningsrett. Videre blir litteratur om norsk politisk historie benyttet, i tillegg til rettshistorie, rettsfilosofi, rettssosiologi, historie og statsvitenskapelig lektyre.

I kapittel fem avslutter jeg med et normativt forsvar for reelle hensyn. Yngre juristkrefter har i den senere tid villet gå bort fra bruken av reelle hensyn – mye grunnet deres tilsynelatende subjektive karakter. Derfor vil jeg komme med et normativt forsvar og en subsidiær modell for hvordan reelle hensyn kan tolkes i. Dessuten kommenterer jeg hva vi kan si om mine teser. 5.2 ser litt på veien videre, og hva en senere avhandling kan gripe tak i.

6.0 viser oppgavens bruk av referanser, mens vedlegget i 7.0 viser intervjuguiden som ble brukt i mine samtaler med juristene.

### **1.3 God latin i statsvitenskapen?**

Etter den Annen Verdenskrig ble faget statsvitenskap opprettet i Norge.<sup>3</sup> De to som må tilføres mye av æren for det var Frede Castberg og Jens Arup Seip. Den første hadde sitt virke i statsretten og den andre i historieforskningen. På 1950-tallet og utover løsrev statsvitenskapen seg fra de to andre disiplinene, hvorav særlig Stein Rokkan og Henry Valen utgjorde tyngdepunktet. De forfektet det man kan kalle en generaliserende atferdsforskning, men elementer fra historien var ikke glemt. Arv herfra ble videreført i det nye faget. Men statsretten ble skjøvet over sidelinjen. Allikevel har interessen for de normative sidene ved politikken fått uttrykk i det som kalles ny-institusjonalismen.<sup>4</sup> Johan P. Olsen er den ruvende skikkelsen, som mener at organisasjonene styres av rutiner og på grunnlag av regler og praksis, og ikke så meget av kalkulering av konsekvenser ulike handlingsvalg vil ha for bestemte mål. Fordi

---

<sup>3</sup> Mange av disse tankene har jeg fra veiledning med Trond Nordby og lesning av hans forelesningsnotater.

<sup>4</sup> Se for eksempel Egeberg, Morten (1997): "Verdier i statsstyre og noen organisatoriske implikasjoner", i Christensen, Tom og Egeberg, Morten (red.): *Forvaltningskunnskap*. Dessuten March, James G. og Olsen, Johan P. (1989): *Rediscovering Institutions*.

også normer inntar en så sentral plass for juristene i statsretten, har vi noe å lære av dem. Forholdet mellom våre statsmakter reguleres i større grad av uskrevne regler og normer, altså sedvaneretten, enn av den skrevne loven. Parlamentarismen og hovedkjernen i den, at en regjering må gå av ved et mistillitsvotum, er det fremste eksempelet på en slik sedvane som aldri er blitt tatt inn i Grunnloven. Allikevel etterleves disse normene, etter å ha fått status som konstitusjonelle – blant annet etter en vekting av tre kriterier som jeg kommer tilbake til. Men et eventuelt fjerde, *reelle hensyn*, har aldri blitt underkastet en skikkelig undersøkelse. Derfor er det av den grunn viktig å se på akkurat dette. Dette kommer inn på statsvitenskapens kjerne, nemlig makt og motiv. Statsvitere bør muligens lære litt av historikerne når de prøver å avdekke maktens plassering i samfunnet. Som Jens Arup Seip skrev: ”en historikers oppgave er ikke å kle på, men å kle av. Keiseren har for ham og hans lesere ingen hemmelighet” (Seip 1968:117). ”Historikers” kunne her godt blitt byttet ut med ”statsviterens”. Jeg tror aktørperspektivet har mye for seg. På den bakgrunn blir en oppgave om reelle hensyn interessant, fordi fremtredende jurister har villet fremme deres sak. Som Seip forteller om sedvanen som utviklet seg angående lovprøvingsretten: ”Det var en villet sedvane: noen ville den, andre ikke” (ibid.:120).

Som min redegjørelse etter hvert skal gi inntrykk av, spiller Høyesterett en politisk rolle ved i perioder å gå politikernes ærend. Dette gjelder i saker som har stor samfunnsmessig betydning, og hvor en tendens kan stakes ut noen år etter unionsoppløsningen. Dette inngår som en del av det som i Norge er blitt kalt *rettslig pragmatisme* (Blandhol 2005a; 2005b), og kan spores tilbake til 1840-tallet for vårt lands vedkommende. Politiske beslutninger med langttrekkende konsekvenser velsignet av juristene burde derfor være interessant. Videre er det slik at både statsvitenskapen og den offentlige retten befatter seg med konstitusjonell teori. Denne oppgaven kommer vesentlig inn på det konstitusjonelle, idet forholdet mellom våre statsmakter står i forgrunnen – især relasjonene mellom Stortinget og Høyesterett.

Jeg er derfor enig med Trond Nordby, når han skriver om statsviterens kunnskap for å forstå beslutninger:

[V]i [må] beskjeftige oss med *så vel normer og regler* (statsrettens spesialitet) som *maktspillet og aktørenes motiver* (historiefagets spesialitet). Sist, men ikke minst trenger vi mer *generell teori* (statsvitenskapens spesialitet); uten teorier går vi lett vill i detaljvrimmelen (Nordby 2006:forelesningsnotater).

Jeg gjør et forsøk på dette i min oppgave, hvor jeg tar et begrep fra rettskildelæren og tillegger det et mer statsvitenskapelig innhold. I den anledning drar jeg nytte av historisk empiri. Dermed forenes normer, makt og motiv.

## **2.0 "REELLE HENSYN" SOM BEGREP.**

### **2.1 Alf Ross**

Alf Ross, som kom til å influere på samtidens og senere tids rettsteoretikere, ga i 1953 ut boken *Om ret og retfærdighed*. Dette er en bok hovedsakelig i rettsfilosofi, og det er hans omtale av reelle hensyn som er det mest interessante her. Viktig å merke seg er det at danskenes *forholdets/sakens natur* er det samme som reelle hensyn. Om disse skriver Ross: "Det der kaldes "reale hensyn" er netop udtryk for en vurdering af retsregler på grundlag af rationelle argumenter om reglernes faktiske relevans i forhold til forudsatte interesser" (Ross 1953:461).

Men før i boken er uttrykket forholdets natur benyttet. Alf Ross setter dette inn i den positive retten (Ross 1953:116). Dette er skriftlige lover og regler. Men som han videre skriver, kan også tradisjoner og prejudikater spille en stor rolle hvis de er etterlevd gjennom lang tid. Ross kaller dette for kulturtradisjonen (ibid.:117), som omfatter folkelige sedvaner på rettslige, religiøse og sosiale områder. Han tar også opp problematikken ved at en dommer ikke finner noen håndfaste regler som kan gjøre seg gjeldende ved rettsavgjørelsen. Og kanskje vil vedkommende finne et resultat lite tilfredsstillende og av negativ art. Som han skriver:

Forholdene kan ligge sådan, at en negativ utgang forekommer dommeren utilfredsstillende, fordi resultatet ikke ville stemme med en vurdering af situasjonen i harmoni med de innstillinger og synspunkter der ligger i den nedarvede rets- og kulturtradition på det forelagte spørgsmål (ibid.:118-119).

Dermed må dommeren ty til andre metoder, sånn som sin egen rettsfølelse eller å utøve en rasjonell atferd som betyr å kalkulere hvilke virkninger bruk av reelle hensyn innebærer. For Alf Ross er reelle (reale) hensyn "en sammensmeltning af en virkelighedsopfattelse og en vurderende stillingtagen" (ibid.:119). Videre peker han på hva dette betegnes i den danske terminologien:

I nedarvet dansk retskildeterminologi betegnes den retskilde, hvis væsen er, at dommeren lader sig motivere af kulturtraditionen, eventuelt i forbindelse med en retssociologisk analyse af reale sammenhæng, som ”forholdets natur” (ibid.: 120).

Jan Helgesen nevner også begrepet ”forholdets natur” i et ungdomsarbeide (Helgesen 1977:202).<sup>5</sup> Det er vel naturlig å tro at det er Alf Ross han har hentet dette fra, selv om det ikke er eksplisitt nevnt i artikkelen. I hvert fall skriver han at det i begynnelsen av det forrige århundret eksisterte to oppfatninger hva rettskilder angår. Noen mente kildene bestod av lov og sedvane, mens andre opererte med det nevnte begrepet. Helgesen avfeier forholdets natur, og for så vidt også den andre båsen, som rettskilder, med den begrunnelse at man her ”forsøkte [...] å presse flere andre rettskildefaktorer inn i disse båsene. Det måtte gå galt, det førte til mange fiksjoner” (ibid.).

Helgesen tar i sin artikkel opp reelle hensyn, og da med et spørsmål om praksis er god eller dårlig (ibid.:219). Kvalitet er et sentralt stikkord her, samtidig som de skal passe med statsrettslige grunnsetninger. Dessuten bør de stemme med vår oppfatning av et demokrati og hvordan landet skal styres. Igjen trekker Helgesen veksler på Ross, som han tillegger følgende kriterium: er praksisen som er utøvd forfatningsstridig? Men Helgesen påpeker at dette kriteriet egner seg best der hvor faktiske handlinger er i strid med forfatningen, og ikke rettsregelen (sedvanen) som er skapt og som står i strid med grunnloven.

## **2.2 Carl August Fleischer.**

Carl August Fleischer skrev i 1968 en bok med tittelen *Grunnlovens grenser for lovregulert fastsetting av erstatning ved ekspropriasjon, - særlig ved verdistigning som ikke skyldes grunneiers innsats*. Som leseren dermed skjønner er Fleischer i sin diskusjon opptatt av det økonomiske, mens denne oppgaven konsentrerer seg om det

---

<sup>5</sup> Det hadde vært spennende å få Jan E. Helgesens meninger om de reelle hensyn i dag. Dette fordi han den senere tid har revidert Torstein Eckhoffs bok *Rettskildelære*, og således kan oppfattes som en disippel av Eckhoff. Beklageligvis takket han nei til en samtale på grunn av forskningspermisjon.



statsrettslige med et statsvitenskapelig utgangspunkt. Det hindrer allikevel ikke bruk av boken fordi det er den samme godhets- og konsekvenstenkning som ligger bak.

Allerede i innholdsfortegnelsen bruker Fleischer betegnelsen hensiktsmessighetsbetraktninger. Med det peker han på de hensyn til sosiale formål som blir lagt vekt på ved forskjellige tvister (Fleischer 1968:191-192). Han bruker Castberg som referanse, som også skal ha lagt vesentlig vekt på dette (ibid.). Fleischer ser også på Høyesterett og domstolenes rolle, og mener de til det ytterste prøver å tilpasse seg de vurderinger som lovgiverne har lagt til grunn – altså hvilke sosiale hensyn som er de mest relevante. Videre presenteres noen saker (ibid.:193-194) hvor Høyesterett bruker reelle hensyn for å beskjære privatøkonomiske rettigheter. Det det her er snakk om er konsesjonssaken fra 1918, hvor retten legger mest vekt på samfunnsinteressene.

Når man leser boken til Carl August Fleischer og tar i betraktning de sakene som han benytter for å belyse sin problemstilling om reelle hensyn, så sitter man igjen med det inntrykk av at han er en utilitarist, det vil si en forkjemper for det maksimale gode. En utilitarist søker det felles beste, og vil maksimere lykken for flest mulig. Derfor er det slett ikke umulig å sette skranker for individet hvis samfunnet som helhet tjener på det. Konsesjonssaken belyser dette. Da Stortinget med konsesjonslovene av 1909 og 1911 bestemte at vannkraftverk skulle tilfalle den norske stat vederlagsfritt etter 75 år, reagerte privatkapitalister som eide noen kraftverk. Da dette ble brakt inn for Høyesterett, bestemte flertallet (fire mot tre) at staten hadde rett til å ta over kraftverk. Argumentene til de private gikk i all vesentlig ut på at verdien av kraftverkene ville forringes kraftig. Men her valgte altså retten å se på samfunnsinteressene og muligheten for at Norge som en relativ ung nasjon kunne tjene på disse lovene i fremtiden.

Fleischer tar opp til debatt hvilke hensyn som bør spille en rolle (ibid.:195-202). Han mener retten kan "[...] vise til at et inngrep kan bli begrunnet ut fra alle de formål som en moderne lovgiver finner det riktig å arbeide mot" (ibid.:195). Videre mener han at gamle dogmer og læresetninger ikke uten videre bør tas hensyn til, for eksempel teser

fra den klassiske økonomiske liberalismen, mens "[...] kriteriet skadelig/ikke-skadelig er ikke lenger relevant som norm for hva lovgiveren kan foreta" (ibid.). Det er denne bolken i hans drøfting som er den mest interessante etter min mening, fordi det her legges større vekt på hva som er legitimt å legge vekt på samtidig som klare grenser går opp. Hensynet til inntektsfordelingen og statens utgifter pekes ut til egnede formål. Samtidig advares det om at enkelttilfeller ikke får urimelige konsekvenser (ibid.). Fleischer tar slik jeg ser det en oppsummering av debatten med en prinsipiell kommentar:

[E]n hensiktsmessighetsbetraktning er relevant som rettskilde, og kan medføre en bestemt løsning uten hensyn til om den har noen formell juridisk hjemmel i Grunnlovens ord, tidligere rettspraksis, osv. At dette er tilfelle, er så klart som noe juridisk resultat overhodet kan bli. Som nevnt [...] er det i full overensstemmelse med tradisjonell norsk teori og slått fast av Høyesterett i konsesjonssaken [...] (ibid.:196).

Jeg vil avslutte denne delen med Fleischer med å peke på noe han kaller "spøkelsespolitikk" (ibid.: 201). Her angriper han jurister som nekter å ta hensyn til formål som de politiske partiene er enige om, men som det kanskje ikke var så stor konsensus om før, og som derfor ikke har fått noen formell juridisk hjemmel. Og nettopp dette siste er viktig. For mange jurister og andre rettslærde er det skrevne ord av stor betydning – det skal helst være eksplisitte hjemler i lovene når beslutninger skal tas. Argumenter og hensyn skal ikke tas ut av løse luften. Reelle hensyn må sies å være av slike som påberopes når andre rettskilder er vrent, men ingen holdepunkter funnet. Carl August Fleischer må kanskje derfor sies å være mer radikal enn mange av sine kollegaer.

Det er særlig Torstein Eckhoff som har fått æren for å ha vist at bruken av reelle hensyn var noe nytt, og da særlig etter krigen. Carl August Fleischer mener man her må justere den oppfatningen. I sin bok, *Rettskilder og juridisk metode* fra 1998, går han i rette med Eckhoff med det han skrev i sine bøker fra den første rettskildelæren i

1971 og fremover. Fleischer sin bok har et helt kapittel om reelle hensyn, og det er dette jeg skal greie ut om. Dessuten tar han opp tråden igjen fra sin egen bok fra 1968, og drøfter slike hensyn mer inngående. Først av alt en liten avklaring selv fra Fleischer: han sier selv at uttrykket ”reale” hensyn skal og må forstås på samme måte som ”reelle” hensyn (Fleischer 1998:360). Dessuten ser vi også her at kjært barn har mange navn. Fra Alf Ross kjenner vi uttrykket ”forholdets natur”. Dette uttrykket og ”sakens natur” må forstås som reelle hensyn. Fleischer kritiserer samtidig en norsk doktoravhandling som etter hans syn ikke er fortrolig med begrepene. Han skriver:

Vet man ikke i visse juristkretser i dag at ”forholdets natur” er det danske uttrykk for ”sakens natur”, og at man ikke behøver dra til Danmark for å bli kjent med dette begrep? Er man m.a.o. så lite fortrolig med så vel Augdahls arbeider som med betydningen av de *reelle hensyn* – under betegnelsen ”sakens natur” – at man finner det nødvendig å gå over Skagerak etter vann? (ibid.:378).

Som antydnet, er mye av kapittelet dedikert et oppgjør med Torstein Eckhoff, og Fleischer mener det er feilaktig at førstnevnte legitimerte bruken av reelle hensyn som noe nytt i rettspleien (ibid.:358). Siden Eckhoff utga sin lærebok i rettskildelære for første gang i 1971, har inntrykket vært at slike hensyn kom inn etter krigen, inspirert av særlig danskene.

Fleischer påviser samme sted at domstolen allerede i 1875, nemlig i en nitroglyserindom, brukte reelle hensyn til å fastslå et erstatningsansvar til en bedrift som etablerte seg i et nabolag. Også et eksempel fra 1905 trekkes frem.

Fleischer poengterer flere steder at det var han som var først ute i Norge med å bruke *uttrykket* reelle hensyn (reale hensyn), men at det selvsagt var utledet av teori og praksis forut for 1968 – da den første boken, der han brukte begrepet, kom ut (ibid.:363-364). Han utdyper videre at Høyesterett flere ganger vil ”[...] anta at samfunnsinteressene gir begrunnelse for inngrepet” (ibid.). Dette gjelder dommen i konsesjonssaken, hvor domstolen ga Stortinget rett i konsesjonslovene. Dette var klart

preget av et pragmatisk blikk, og at landets ve og vel stod lengre oppe på ønskelisten enn enkeltindividets rettigheter der og da. Også i en strandlovdom fra 1970 ga Høyesterett Stortinget adgang til rådighetsinnskrenkninger på hardt pressede området langs kysten. Allerede på 1970-tallet startet presset på strandområdene ved kysten, og Stortinget så seg nødt til å innføre restriksjoner slik at allmennhetens behov for friluftsliv og rekreasjon ble ivaretatt (ibid.:364). Siden dette var en ny problemstilling, var det heller ikke så mye håndfast å skulle støtte seg til hva tidligere praksis var. At reelle hensyn ble tillagt meget stor vekt i denne saken mener Fleischer er hevet over enhver tvil.

Carl August Fleischer går i rette med den kretsen rundt Torstein Eckhoff som, sier Fleischer, fornekte det faktum at reelle hensyn ble benyttet så tidlig som hundre år før boken til sin mester, og at det sådan er noe helt nytt. Han kaller dette en ”ekstrem devaluering” av slike hensyn og deres plass og betydning i norsk rett (ibid.:366). Videre uttrykker Fleischer stor bekymring for at Eckhoff sine disipler og hans beundrere på det juridiske området blir lurt til å tro at reelle hensyn er noe nytt som han selv kom opp med. Særlig er det Erik Boe som får gjennomgå. Boe, Eckhoff og kretsen rundt dem blir beskyldt for å ha ”glemt” historien, og dessuten for å tøyne begrepene vidt (ibid.:366 – 367). Ifølge C.A. Fleischer skal Boe ha fremstilt Eckhoff som en legitimerende kraft forut for dommen i 1875 (ibid.:368).

Fleischer mener det spesielt er to momenter som kan være ødeleggende for de reelle hensyn, og som til dels målbæres av Boe og denne kretsen. Det første uheldige forholdet er en ren devaluering, som han kaller det, av reelle hensyn, når det fremstår som rene subjektive betraktninger. Dermed blir det det han kaller ”egne vurderinger”, og mye av kraften forsvinner idet det ikke er en samlet gruppe rettsanvendere bak (ibid.: 374). Det andre går på at ”visse særegne vurderinger får en juridisk plattform som de ikke fortjener” (ibid.). Sagt med andre ord: alle rettsanvendere og hvilke som helst oppfatninger kan oppkaste seg til å kunne bestemme hva som skal være lov og ikke lov i Norge. Ifølge Fleischer er begge disse forholdene av en meget uheldig karakter, og han fremmer således hardtslående kommentar: ”Boes rettskildeteori bidrar derfor til

at særegne og endog ekstreme holdninger blir ”legitimert” – som faglig forsvarlig juss” (ibid.). Dette har videre ført til at det etter Fleischer sitt syn har blitt ”avlet” etterfølgere til Eckhoff som i sin ytterste argumentasjon kan tolkes dit hen at vanlige lover og regler/sedvaner kunne erstattes av enkeltpersoners mer spesielle meninger. Dette inkluderer også lover gitt av Stortinget (ibid.:377). Hvis dette skulle være en riktig tolkning av Fleischer så er det etter mitt syn i verste fall en grov underminering av det norske representative system, hvor det er en folkevalgt forsamling som i teorien skal summere opp folkeviljen og konstruere lover. Eckhoff sin vektlegging på det som er kalt særegne oppfatninger omfatter også uttalelser i den juridiske teorien, og satte også dermed reelle hensyn og lovtekst ut av spill (ibid.:376). Dermed får det hele, slik jeg ser det, et ”seipiansk syn” på saken, nemlig at enkeltpersoner oppkaster seg til nærmest grunnlovgivende forsamlinger hvis autoritet er meget stor i de juridiske gemakker.

Det er altså det Fleischer kaller ”[...] en uakseptabel nedvurdering og subjektivisering av en av de aller viktigste rettskildefaktorene” (reelle hensyn) (ibid.: 378)) som er det største ankepunktet hans. Man kan ikke sette likhetstegn mellom reelle hensyn og *vurderinger*. Fleischer mener at et skarpt skille er påkrevet, men at det var her Eckhoff og Boe o.a. feilet. Det er i denne diskusjonen at han oppsummerer på en meget god måte hva som skal forstås med reelle hensyn. Vurderinger, etter hans syn, snakker vi om når vi skal foreta en verdsettelse – en beregning av en størrelse. Så kommer noe av det viktigste som står skrevet i hans bok, og som jeg vil sitere i sin hele lengde for å understreke viktigheten:

De reelle hensyn er selve de verdier som vi antar gjør seg gjeldende – positivt eller negativt. Det er disse verdiene som lovgiveren vil søke å fremme som noe ønskelig eller motvirke som noe uønsket; og som, etter omstendighetene, vil spille en større eller mindre rolle som rettskilder både i lovtolkning og annen rettsanvendelse. De reelle hensyn er faktorer som *taler for* eller eventuelt *mot* et resultat. Å konstatere et slikt hensyn, samt å anvende det som en rettskilde

sammen med andre faktorer, har svært lite til felles med det å foreta en ”vurdering” i betydningen verdsettelse (ibid.: 380).

### **2.3 Torstein Eckhoff.**

Den i Norge som ved siden av Fleischer har skrevet mest utførlig om reelle hensyn er avdøde juristen Torstein Eckhoff. Hans *Rettskildelære* kom i 1971, og her er reelle hensyn tatt med. Men begrepet gjør seg mer gjeldende i senere utgivelser og revisjoner. I første utgave definerer han slike hensyn slik:

Med reelle hensyn (eller ”reale hensyn” som mange kaller det), sikter jeg til vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig eller formålstjenlig etc., og til de oppfatninger om samfunnsforhold m.v. som det legges vekt på i slike vurderinger. Mens de øvrige faktorer er slikt som man skaffer seg kjennskap til ved lesning eller ved å innhente opplysninger på annen måte, er ”reelle hensyn” for en stor del produkter av rettsanvenderens egne overveielser. Skillet mellom det vi tar utenfra og det vi henter fra oss selv, er imidlertid ikke skarpt. Våre resonnementer og vurderinger er i stor utstrekning påvirket av de inntrykk vi tidligere har mottatt – bl.a. gjennom lesning av juridisk litteratur, domsreferater og lovtekster. Og omvendt har våre egne vurderinger en tendens til å sette sitt preg på inntrykk som vi mener å få utenfra (Eckhoff 1971:20-21).

Det er altså mer personlige overveielser som kommer inn under dette begrepet. Hans referanse til andre i parenteser må etter min mening være Fleischer. Videre i fremstillingen vil den reviderte utgaven fra 2001 bli brukt. Årsaken til det er mer eller mindre åpenbar. Selv om kapitlene i de reviderte utgavene er noenlunde de samme, er det de siste utgavene som tar inn begrepet reelle hensyn i større grad enn den første. Jeg tenker da særlig på endringene fra 1971-utgavens kapittel 12 og 2001-utgavens kapittel 14; begge lyder navnet ”rettslige vurderinger”. Man ser klare forskjeller fra den første til den siste utgaven. 2001-utgaven er dessuten revidert av Jan E. Helgesen. Men dette skulle ikke være noen stor ulempe. Hans innvendinger er godt skilt ut fra det Eckhoff skrev og mente i boken.

For Eckhoff er det ”resultatets godhet” som kalles reelle hensyn:

Det er vurderinger av resultatenes godhet jeg kaller reelle hensyn. Med ”resultatets godhet” sikter jeg dels til om den generelle regel man kommer frem til, er innholdsmessig og retts teknisk god, og dels – hvis det er et individuelt rettsspørsmål man skal ta standpunkt til – om løsningen er god i dette spesielle tilfellet (Eckhoff 2001:371).

Eckhoff trekker en grense mellom det generelle og det individuelle, og mener det ikke alltid kan være samsvar mellom de to hensyn (ibid.), men at man bør se begge under ett og ta en totalbedømmelse. Kan ta et eksempel for å vise denne sonderingen (eksemplet er mitt eget). Hvis en person blir fratatt eiendom ved ekspropriasjon fordi det skal bygges et hjerte- og lungesenter for små barn, så vil flere interesser stå i mot hverandre; denne personens eiendom gjennom flere generasjoner med høy verdi versus små barns behov for spesialpleie. Her er det tunge hensyn på begge sider. Kanskje ville dette senteret bli bygget, men ikke på den mest attraktive delen av eiendommen osv. Noen vil kanskje mene at dette var et litt søkt eksempel – til mitt forsvar var det hele bare ment som en illustrasjon av hvilke hensyn en må kunne forvente å måtte bedømme.

Videre legger Eckhoff vekt på en drøfting av hva som er relevant når man skal avgjøre om et resultat er godt eller ikke. Det avgjørende kriterium her er kravet om *saklighet*. Som han skriver skal ikke egeninteresser eller andre snevre hensyn gjøre seg gjeldende (ibid.:372 – 374). Han presiserer også at kravet om saklighet også skal gjøre seg gjeldende i lovanvenderens stille sinn, men vedgår at dette kan vanskelig kontrolleres. Dessuten mener han at argumenter fra autoritative kilder vektlegges mer i premissene enn det reelle hensyn gjøres, selv om de har spilt en stor rolle. Med andre ord bør det komme klart frem hva som det faktisk er lagt vekt på, og ikke drive et maskeradespill for galleriet.

Politiske hensyn spiller også en plass i vurderingene, og ifølge Torstein Eckhoff er ikke dette usunt (ibid.:374 – 378). Man bør skille mellom rene partipolitiske hensyn og samfunnsmessige hensyn. Det første bør ikke en dommer være opptatt av – for eksempel å tekkes et parti. Nå er det vel vanskelig å være totalt partipolitisk nøytral, men en favorisering av partier skal ikke forekomme. Da er samfunnsmessige hensyn bedre å bruke i argumentasjonen. Her trekker jeg en parallell til Carl August Fleischer som også mente at samfunnets og sosiale mål måtte tas hensyn til. Man må kunne se tingene i sammenheng og argumentere ut fra samfunnsinteresser og ikke bare snevre målsetninger, jfr. diskusjonen ovenfor. Jeg går ut fra at Eckhoff i likhet med sin kollega Fleischer også ville forhindre ekstreme utslag i enkelttilfeller.

Noen ganger har man også situasjoner hvor reelle hensyn står i motsetning til mer skrevne og autoritative rettskilder, og hvor resultatet kan ende opp med negative utfall. Der viser Eckhoff eksempler fra Høyesterettsavgjørelser hvor disse er vektlagt mer hensyn og hvor tradisjonelle læresetninger er skjøvet til side (ibid.:378 – 380). Videre har man tilfeller hvor forarbeidene og lovens egne ord er så utydelige at man velger å tolke dem i et annet lys, og da med reelle hensyn som den fremste ledesnor. Uklare lover og forberedelsene til disse kan også, når en sak skal avgjøres, fremme bruk av reelle hensyn. Det kan nok tenkes også at når en sak kommer opp og hvor man ikke har vært borti lignende, vil reelle hensyn spille en rolle i å etablere rettesnorer for hvordan lignende saker skal behandles i fremtiden. Hos oss er det Høyesterett som har staket opp veien, mens de lavere domstoler har kommet hoppende etter. I andre land er det ofte motsatt, spesielt når den høyeste domsmakten tradisjonelt er mer konservativ.

Torstein Eckhoff legger stort arbeid i å klarlegge hva slags godhetsvurderinger som gjør seg gjeldende. Helt riktig observert skriver han at hva som er godt eller hensiktsmessig er ofte uskrevne sosiale normer (ibid.: 383), og det er nok den største grunnen vil jeg anta til at man i domspremisser henviser til mer autoritative rettskilder, men hvor reelle hensyn skinner igjennom som avgjørende. Det er tross alt kanskje litt vanskeligere å referere til noe uskrevet og som det ikke behøver å herske full



konsensus om; da er det lettere å kunne henvise partene til Loven, men med den smidige tolkningen (evt. utelatelse) som ofte må til.

Mange vil nok forbinde godhet med rettferdighet – så også Eckhoff, som skiller dette begrepet i to deler: likevektsrettferdighet og fordelingsrettferdighet (ibid.:383 – 384).

Likevektsrettferdigheten er kanskje den som de fleste vil kjenne seg igjen i. I all korthet går den ut på at hvis du blir utsatt for en kriminell handling, så er prinsippet at gjerningsmannen skal straffes for på den måten å gjenopprette likevekten. Rettferdigheten har ikke skjedd fyldest før enn vedkommende har fått sin straff. Eller som Eckhoff bruker som eksempel: En arbeidstagers lønn skal stå i samsvar med arbeidsoppgavene og arbeidsforholdene ellers. Den andre varianten er fordelingsrettferdigheten. Dette kan igjen stykkes opp i flere deler. Det kan for det første handle om lik deling av goder eller byrder. Ingen skal komme vesentlig dårligere ut enn andre. Dette viser også til en annen del av dette begrepet, nemlig forholdsmessighet, hvor for eksempel lønn og straff skal stå i forhold til hverandre. Den tredje veien som Eckhoff nevner er rekkefølgen som anses som avgjørende. Ansiennitetsprinsippet eller ventelisteordningen kan nevnes her. Et viktig poeng er at det ikke er selve ondene eller godene som kreves fordelt, men sjansene for å få dem. Alle kan ikke vinne i Lotto, men de som deltar må ha like stor sannsynlighet og mulighet for å kunne vinne. Et system hvor noen ble favorisert harmonerer altså svært dårlig med en slik rettferdighetstankegang.

En sammenligning mellom boken fra 1971 og den fra 2001 resulterer i at Torstein Eckhoff sannsynligvis endret noe mening med tanke på de reelle hensyn, og da med tanke på slike hensyn som et ledd i samfunnsnyttelig øyemed. Det er ordet *samfunnsnytt* han diskuterer, og dette skriver han i 1971:

Selv har jeg ikke så meget imot ordet – hvis man bare ikke legger for meget i det. For det første kan det være grunn til å fremheve at også andre hensyn enn de som kan samles under etiketten samfunnsnytte, må aksepteres. Jeg har alt

vært inne på at hensyn til enkeltindivider undertiden bør ha relevans, selv om det ikke er mulig å si noe om hvilken verdi dette har for ”samfunnet”. Og, som jeg snart skal komme tilbake til, bør ikke nyttehensyn være enerådende i rettstenkningen. Det gjelder selv om ”nytte” tas i så vid forstand at det omfatter alle konsekvensorienterte vurderinger. Det bør også være plass for vurderinger som ikke er konsekvensorienterte, bl.a. for rettferdighetsbetraktninger (Eckhoff 1971:325).

I 2001-utgaven er ordlyden endret til dette:

Også jeg har visse innvendinger, selv om jeg ikke vil ta så kraftig i som Augdahl. For det første synes jeg ikke alle reelle hensyn lar seg samle under etiketten ”samfunnsnytte” – i hvert fall ikke hvis ordet tas bokstavelig. Hensyn til enkeltindivider bør ha relevans, selv om det ikke er mulig å si noe om hvilken verdi dette har for samfunnet. Og selv om ordet ”nytte” brukes i svært vid forstand, omfatter det ikke alt som bør anses relevant. Ofte har man ikke noe sikkert grunnlag for å forutsi hvilke virkninger en ordning vil få. I så fall må det være tillatt å bygge på sin umiddelbare følelse av om den i seg selv virker rimelig eller rettferdig (Eckhoff 2001:393).

Rent umiddelbart forekommer det for meg at Eckhoff med dette muligens viser et litt kjøligere forhold til de reelle hensyn enn han gjorde 30 år tidligere. Spesielt legger jeg merke til at rettferdighetshensyn spiller en stor rolle hos ham.

## **2.4 Jens Evald.**

Jens Evald er professor i rettsvitenskap ved universitetet i Aarhus. Han skriver om forholdets natur at dette ikke er et metafysisk begrep, men et uttrykk for det forhold at et rettsspørsmål avgjøres på bakgrunn av sakens konkrete omstendigheter (Evald 2002:104-105). Videre redegjør han for to oppfattelser som er knyttet til dette begrepet – en *bred* og en *snever* (ibid.). Den brede oppfatningen går på de allerede nevnte rimelighets- og konsekvensoverveielser. Rettsspørsmål løses ved friere overveielser,

og hvor man ikke bare tar hensyn til de øvrige rettskilder. I og med at Loven i den konkrete saken ikke sier noe om handlingsmåte, står dommeren friere til å kunne vurdere og konkludere ut fra hva et rimelig og godt resultat nå og i fremtiden kan være. Den snevre oppfatningen sier at dette er en metode for å kunne fortolke de andre rettskildene, som uansett sak vil gi en tilstrekkelig anvisning i hvordan de skal løses. Det antas at løsningen på rettstvistene kan finnes eller avledes av de øvrige rettskildene. Den snevre oppfattelsen tar altså utgangspunkt i at det ikke kan være snakk om såkalte rettsomme rom hvor lovgiver ikke har fylt opp med nødvendige rettsregler eller overveielser av hvordan en sak kan løses. Alle rettstvister kan dermed finne sin løsning i det eksisterende lovverk. Dermed kan det sies at løsningen ligger i de allerede foreliggende rettskildematerialet. Evalds brede definisjon blir oppgavens gjennomgangstema.

## **2.5 Fredrik Sejersted.**

Fredrik Sejersted, ansatt hos Regjeringsadvokaten, har i sin doktoravhandling (Sejersted 2002) behandlet spørsmålet om kontrollen av regjeringen og forvaltningen. I den anledning har han også penset inn på spørsmålet ved bruk av reelle hensyn i sådan øyemed. Han tar for seg hovedsakelig nåtidens situasjon og tar opp til drøfting forskjellig bruk av slike hensyn. Det er særlig paradoksene som har interesse, og at det er motsetninger mellom forskjellige interesser. Et eksempel han nevner (ibid.:72) er behovet for effektiv kontroll og behov for arbeidsro for regjeringen. En kontroll må, etter det Sejersted skriver, være så grundig at feil og mangler blir avdekket, men at den samtidig ikke skal være et hinder for den utøvende makts styring. Videre skriver han nokså generelt at selv om bruken av reelle hensyn er viktig, så må det også utøves forsiktighet, og åpent presiseres når disse brukes. Det beste er etter Sejersted sitt syn at slike hensyn tas frem når annet rettskildemateriale er undersøkt (ibid.:75).

Videre undres jeg over om ikke Fredrik Sejersted har gått i den samme fellen som Carl August Fleischer mente disiplene til Torstein Eckhoff hadde gjort. Som Sejersted skriver: "I nyere teori er det enighet om at reelle hensyn må trekkes inn som et fjerde element, der spørsmålet er "om sedvanen gir en fornuftig regel"" (ibid.:76). I fotnote

114 samme side er det videre listet opp noen referanser, hvorav det er til dels bare noen år gamle artikler og bøker som er fremhevet. Som vi husker argumenterte Fleischer sterkt for at overveielser lik reelle hensyn ikke var noe nytt, men noe som domstolene opp gjennom tidene hadde brukt i sine vurderinger og lagt til grunn i avgjørelsene. Skulle mine tolkninger av Sejersted være riktige – altså at han mener reelle hensyn kommer inn fra 1970-årene – så er det merkverdig at han ikke har gått til andre kilder og sett om andre var uenig med Eckhoff. Boken til Fleischer kom ut i 1998, mens Sejersted skrev sin avhandling rundt millenniumsskiftet. Han hadde derfor hatt tid til å se seg om til andre teoretikere som hadde et litt annet syn. Kanskje er Sejersted et produkt av Boe og Eckhoff? Mulig jeg trekker for mye ut av det han skriver, og at det ikke er riktig tolket, men i så fall er det forfatteren av boken som bør ”straffes” for sin tvetydighet, og noe upresise språkbruk.

## **2.6 Sverre Blandhol.**

Sverre Blandhol, dr. juris og advokat i Wiersholm, Mellbye & Bech, har i flere artikler skrevet velformulert om reelle hensyn. Han setter reelle hensyn inn i en tradisjon som han kalles *pragmatismen*. Om dette skal jeg komme tilbake til i kapittel tre.

”Retten blir til i møtet mellom generell norm og individuelt tilfelle” (Blandhol 2005b:234). Dette betyr i all hovedsak at like tilfeller skal behandles likt så mye som mulig, men det kan allikevel være nyanser og forskjeller som gjør at retten må ta i bruk skjønn og mer subjektive vurderinger. Som han påpeker videre, vil det vel aldri forekomme at forholdet mellom tilfelle og generell norm vil være tilnærmet perfekt. Det er derfor tolkningen og skjønnnet vil gjøre seg gjeldende i dette rommet mellom dogmatikk og mer friere overveielser. Blandhol karakteriserer disse to motpolene som regelmessighet og individualisering. Der hvor den førstnevnte favner om konsekvens og forutberegnelighet, så fokuserer den andre polen at en riktig avgjørelse fattes i den enkelte sak (ibid.). Og det er i forholdet mellom norm og tilfelle at de reelle hensyn fremstår:

Forholdet mellom norm og tilfelle er ikke bare preget av vekslingen og samspillet mellom regel og skjønn, men også av varierende grad av åpenhet eller lukning mot de reelle behov og interesser som retten er satt til å regulere. Integreringen av slike betraktninger ved rettsanvendelsen pleier vi i Norge å omtale som bruk av *reelle hensyn*. Ettersom rettsanvendelsen er preget av regelmessighet og lukning på den ene side, eller åpenhet og skjønn på den annen, kan man tale henholdsvis om en bundet eller friere rettsanvendelse (ibid. – min kursivering).

Blandhol mener også å kunne trekke på økonomenes kost/nytte-modell for å beskrive de reelle hensyn. Dette er, skriver han, nært beslektet med avveiningsmodellen, hvor argumentene har en retorisk form (Blandhol 2005b:236; Blandhol 2004:386). Dette vil jeg anta kan sies å være en form hvor pro-et-contra argumenter benyttes i avveiingen mellom forskjellige hensyn. At reelle hensyn dermed ikke bare er en juridisk konstruksjon, men en tenkemåte influert av andre disipliner, er derfor hevet over enhver tvil. Om reelle hensyn som rettskilde og metode skriver Blandhol: ”De reelle hensyn er både en selvstendig rettskilde, og en operativ faktor ved utvelgelse og anvendelse av de andre rettskildefaktorene; de er del av en skjønnsmessig basert metode som gjennomsyrrer jussen” (Blandhol 2005b:236.).

Et annet sted skriver han om de reelle hensyn at dette er ”[...] en metodelære, en lære om argumentasjon, med fokus på konsekvenser og skjønnsmessige avveininger” (Blandhol 2004:372). Slike hensyn er altså et bindeledd mellom argumentasjonen og den praktiske virkelighet. Reelle hensyn skal, etter det Blandhol mener, sørge for at den virkelige verden fyller opp med empirisk innhold til lovanvenderens retorikk (ibid.:373). Og en slik retorikk gjør seg klarere gjeldende når den positive retten (de skrevne paragrafer) ikke gir noe klare svar eller spriker i sine tolkninger. Dermed ligger reelle hensyn utenfor denne positive retten, kutymene osv. – noe også Blandhol skriver (ibid.). Dermed kan man, med Blandhols ord, si at slike hensyn det her er snakk om, komplementerer jussen (ibid.). Sagt på en mer populær måte, kan dette sammenlignes med en bokhylle hvor en samling av Norgeshistorien er ukomplett.

Noen bind mangler for å få den rette forståelsen av den norske historien. Kan ikke disse bindene skaffes, må alternativ litteratur kanskje fra andre disipliner skaffes til veie. Alt for å få historien nær sagt komplett. Så også i jussen. Er noe uklart, bør man gå alternative veier for å fremskaffe informasjon. Å ta reelle hensyn i betraktning, er en vei å gå. I en slik situasjon må lovanvender dermed ty til andre normer for hvordan uklare og kanskje regelrett manglende lovgivning skal løse en helt konkret sak. Reelle hensyn i seg selv kan dermed i denne situasjonen opptre som en del av dommerens rettssamvittighet og samtidig være en egen rettskilde hvor argumenter tas fra. Sverre Blandhol skriver om dette at en pragmatisk rettsanvender vil søke det tolkningsresultatet som har de beste virkninger og som best når frem til formålet, når en lovtekst spriker og/eller kan tolkes i alle retninger (Blandhol 2005b:237). Oppsummeringsvis skriver han også at bruken av reelle hensyn, og det som er kalt avveiningsmodellen, nettopp kjennetegner en formålsorientert rettanvendelse (ibid.:248).

## **2.7 Morten Kinander.**

Morten Kinander, dr. juris og førsteamanuensis ved universitetet i Bergen, skrev artikkelen ”Trenger man egentlig ”reelle hensyn””? i *Lov og rett* 2002<sup>6</sup>, og diskuterer der om reelle hensyn like godt kan avskaffes som term, og heller prøve å virke til at lovanvenderne mer eksplisitt gjør rede for hva de legger i vurderingene som går under reelle hensyn. Det er denne artikkelen som jeg her skal gå inn på, ved i første omgang å se hvordan Kinander definerer reelle hensyn. Morten Kinander skiller mellom to forskjellige betydninger, nemlig en ekstern og en intern:

Den ene varianten er en betraktning fra det jeg vil kalle en ”ekstern” synsvinkel, nemlig en karakteristikk av en argumentasjonsform, typisk en rettsvitenskapelig beskrivelse av rettspraksis. Den andre varianten av ”reelle hensyn” er fra et ”internt” perspektiv, nemlig som argument i selve utlegningen av retten (Kinander 2002:224).

---

<sup>6</sup> For en kritikk av denne artikkelen, se Høgberg, Petter (2003): ”Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket ”reelle hensyn” – kommentar til Morten Kinanders artikkel ”Trenger man egentlig reelle hensyn”, i *Lov og rett* nr. 10.

Jeg vil nå, i tråd med Kinanders egen disponering, ta for meg de to betydningene hver for seg.

[Reelle hensyn i en ekstern betydning] som et rettsvitenskapelig instrument i et deskriptivt og avslørende øyemed, kan [...] sees som ledd i en metodologisk prosess hvor man etter hvert innså at lov og sedvane ikke inneholdt dekkende redskaper for å forklare hvilke overlegninger som fant sted i rettsanvendelsen, selv når disse begrepene ble forstått i den videste betydning (ibid.:226).

Dette var et konkret resultat av at man ville gjøre ende på den såkalte "fasadelegitimeringen", som i korthet betydde at løsninger ble begrunnet med eksistens i allerede gitte lover, men hvor hele vurderingsgrunnlaget faktisk var gjort på verdibasert grunnlag – altså mer subjektive grunner (ibid.:227). Dette var et problem, et problem som kort og godt innebar at de faktiske vurderinger ble tilslørt, noe jeg skal komme tilbake til i en diskusjon rundt Torstein Eckhoff sine begrunnelser for reelle hensyn. Denne betydningen av reelle hensyn trekker Kinander tilbake til Alf Ross, som definerte rettskildelæren som "norm-deskriptiv" (altså beskrivende), og ikke "norm-ekspressiv" (ibid.:230). Dette betyr kort og godt at de som er meget interessert i rettskildelære, skal se og beskrive hvordan domstolene går frem og finner den løsningen de presenterer. "På denne måten er dette uttrykket en *karaktistikk*, og ingen *referanse*," skriver Kinander (ibid.:231). Saken mot Børre Knudsen brukes som eksempel hvor det vi kaller reelle hensyn gjorde seg gjeldende, selv om de ikke brukes. På bakgrunn av dette, skiller Kinander slike hensyn i to båser: reelle hensyn kan være verdivurderinger ved anvendelsen av andre tradisjonelle rettskilder, eller som argumenter og påstander som i seg selv er selvstendige (ibid.).

Kaller vi disse argumentene for "reelle hensyn", er "reelle hensyn" å forstå som en "ekstern" beskrivelse av og en merkelapp på en praksis man selv ikke er en del av, nemlig som rettsvitenskapens beskrivelse av rettsanvendelsen. Det er kort og godt benevnelsen på en *argumentasjonstype* (ibid.:232).

Morten Kinander avslutter sin omtale av den eksterne betydningen, med å peke på at det er to forskjellige argumentasjonslinjer ut fra de reelle hensyn. Den første er tilnærmingen som tar sikte på å finne ut hva som faktisk var rettsanvenderens vurderinger. Den andre går ut på at reelle hensyn kan ses på som en karakteristikk av argumentasjonen som faktisk foreligger. Her er argumentasjonen klar og åpen, men selve begrepet reelle hensyn brukes ikke. Dermed blir ikke dette selvstendige argumenter, men en argumentasjonstype (ibid.:233).<sup>7</sup>

Reelle hensyn kan også etter Kinanders mening inngå på en annen måte – nemlig den interne, hvor man forstår ”reelle hensyn [...] som et relevant argument i selve rettsanvendelsesprosessen” (ibid.). Som han selv sier på samme side så kan slike hensyn noen ganger være så vektige at de omtrent avgjør hele saken, og dermed setter de andre rettskildene i skyggen. Men oftere vil de vel være tilleggsmomenter og støtte til en løsning som mer eller mindre følger av de andre rettskildefaktorene. Som en ekstern betydning snakket vi om rettsvitenskapen og dens tilnærming av reelle hensyn. Her, i den interne betydningen, snakker vi om rettsanvendelsen. Vi husker fra den eksterne tilnærmingen at reelle hensyn var en karakteristikk. Nå, i anvendelsen av reelle hensyn, snakker vi om slike hensyn som referanse – altså noe lovanvender bruker som en pekepinn på at det finnes verdier og faktorer som ikke er dommerens egne. Som Kinander selv skriver, gir dette inntrykk av at reelle hensyn opphøyes til å være like sentrale som de andre, mer tradisjonelle rettskildefaktorene (ibid.:233-234). En av hans hovedinnvendinger er følgende: hvis vi skal definere reelle hensyn som rettsanvenderens mer subjektive overveielser, så blir det feil å skulle henvise til slike hensyn, altså som referansebruk. Kinander konkluderer: ”Argumentet vil i så fall gå ut på at man søker støtte for sitt resultat *i sine egne meninger*, noe som skulle være klart i utgangspunktet, og som ikke kan fungere som et selvstendig resonnement eller argument” (ibid.:234).<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Morten Kinander ser på flere Høyesterettsdommer, men dette ligger etter min mening på siden av min redegjørelse her. For den interesserte leser henvises det dermed til den faktiske artikkelen for å få hele konteksten rundt Kinanders argumentasjon og diskusjon omkring de reelle hensyn.

<sup>8</sup> Det nevnes i artikkelen flere eksempler fra domspremissene til Høyesterett, hvor reelle hensyn, etter Kinanders mening, brukes lemfeldig. Blant annet skriver han: ”[Eksempelene] er representative for en *uttryksmåte* som kan sies å tilhøre et ideal som man har forlatt for lenge siden, både i rettsteorien og i rettskildelæren i Norge og ellers.



Kinander er opptatt av at de verdimessige avveiningene og vurderingene som dommeren har gjort, må komme bedre til syne. Dermed blir sekkebetegnelsen reelle hensyn, etter hans mening, gal. Som han skriver: "Innholdet i verdivurderingene er rettsanvenderens verdivurderinger, og det er *dette* innholdet som må artikuleres (ibid.:236). Å kalle vurderinger for reelle hensyn tildekker derfor hva som har vært vurdert og selve avveiningen.

Morten Kinander ser også på hva som kan forklare at reelle hensyn "tvang" seg frem. Til det sier han at sannsynligvis var lov og sedvane, som de to tradisjonelle rettskildefaktorene, for snevre, og fanget ikke inn det som kunne overveies i rettsanvendelsen. Dermed fant man frem til momenter som kunne gi ryggdekning for den løsningen som syntes best. Kinander setter dette inn i en litt større sammenheng, hvor han stiller spørsmålet om rettskildelæren har endret seg. I eldre tider skulle lovanvenderen argumentere etter det som var bestemt i kildelæren, mens man nå har kommet dit hen at det som dommeren argumenterer med, ja det er den faktiske rettskildelæren (ibid.:237). Rettskildelæren har, kan vi si, gått fra et normativt utgangspunkt hvor etablerte oppfatninger burde følges, til dommerens opphøydhed. Fokuset har dermed skiftet fra de teoretiske rettslærde, til de som faktisk utøver den praktiske rettsutøvelsen og dommergjerningen:

Spørsmålet om forholdet mellom rettsanvendelsen og rettskildelæren er på en måte som spørsmålet om høna og egget: hva som skal være opphavet til hva, er ikke lett å avgjøre. Problemet er bare at det synes som om mye av nyere norsk rettskildeteori en gang for alle har valgt høna, hvor høna er rettsanvendelsen, og egget er rettskildelæren (ibid.).

Avslutningsvis drøfter han kort noen innvendinger mot sitt eget syn, nemlig at begrepet reelle hensyn best bør dempes og rolig kastes ut av båten. En innvending om at begrepet reelle hensyn er fordelaktig i domspremissene ved at vi å skjønner at mer

---

Dette idealet er at rettens avgjørelser *følger* av rettskildene, og at dommeren bare anvender og ikke skaper retten" (Kinander 2002:235).

friere overveielser og subjektive vurderinger gjør seg gjeldende, avvises ved at man i stedet kan ”anføre ”jeg mener at...” i stedet for ”sterke reelle hensyn tilsier...” (ibid.:240). Dette skal, etter Kinanders oppfatning, kunne føre til mer utførlige begrunnelser (ibid.).<sup>9</sup> Han mener en større åpenhet og bredere begrunnelse må på plass, men betegnelsen reelle hensyn dekker ikke dette behovet. Snarere tvert i mot. Som han selv skriver: ”Reelle hensyn [blir ofte] heller autoritetsargumenter [heller] enn begrunnede argumenter, og det er etter min mening uheldig” (ibid.:241).

## **2.8 Min forståelse. Begrepets utvikling.**

Jeg vil nå kort sammenfatte hva reelle hensyn kan sies å være, og på den måten tilkjenne i klartekst hvordan jeg selv forstår begrepet. Etter det diskuterer jeg videre Jens Evalds smale og brede definisjon av slike hensyn, og ser nærmere på hvordan de norske juristene plasserer seg. Til slutt ser jeg nærmere på selve begrepsutviklingen, og vil i den anledning motsi dem som hevder Torstein Eckhoff var først ute med å bruke uttrykket ”reelle hensyn”.

Helt innledningsvis kan vi si at reelle hensyn er det samme som juristene kaller godhetsvurderinger. Selve uttrykket er avledet av det danske ”forholdets natur”. I litteraturen omtales disse hensynene som forskjellige helhetsvurderinger man må gjøre der hvor den autoritative, skrevne lovteksten ikke gir noe klart svar. Den danske Høyesterettsdommer Torben Jensen anfører følgende om forholdets natur (reelle hensyn):

[Reelle hensyn] dækker et spektrum af almene juridiske overvejelser, herunder sagligt begrundet rimelighed, lighedsprincipper, konsekvensbetragtninger med hensynstagen til samfundsmæssige behov og den almindelige udvikling (Sitert etter Evald 2002:104).

En rød tråd gjennom mye av litteraturen, som vi også skal se på senere, er at sosiale

---

<sup>9</sup> I kapittel fem vil jeg stille meg kritisk til Kinanders ønske om å helle begrepet ”reelle hensyn” ut med badevannet, og heller komme med en alternativ, normativ begrunnelse for hvorfor termen bør beholdes.

formål og tanken om at det skal gagne samfunnet spiller en stor rolle, samtidig som at intet enkeltindivid skal måtte lide unødig belastning. Et annet ord for reelle hensyn er derfor hensiktsmessighetsbetraktninger.

Dag Michalsen mener reelle hensyn er en rettsteoretisk nødvendighet.<sup>10</sup> Det er et strukturelt trekk ved lovtolkningen. Slike hensyn oppstår i spenningen mellom rettsdogmatikken og den frirettslige tenkningen. Rettsdogmatikken er en form for streng tolkning av loven slik den er skrevet. Det gis ingen plass for skjønn, og ordlyden må derfor følges stramt. Frirettslig aktivitet peker på det friere skjønn, og ikke en streng følge av det skrevne. Mellom disse to ytterpunktene blir reelle hensyn ofte fremtredende, fordi lovgiver ikke er flink til å gi utfyllende lover og regler som i større grad hindrer lovanvenderens mer frie overveielser. Derfor er reelle hensyn strukturelle trekk ved stillingtagen til rettsspørsmål. Et eksempel her kan være at loven sier myndighetsalderen er 18 år. Dette gir svært få muligheter til å utøve skjønn (Michalsen 2006 [intervju]). Loven er eksplisitt og forteller rett frem hva som er en "riktig" og en "feil" tolkning. I andre sammenhenger kan loven være såpass ullen at dommeren ikke riktig helt vet hvordan saken skal angripes og et større skjønn gjør seg påkrevet.

Jeg for min del vil regne med at slike muligheter åpner seg i det øyeblikk paragrafer mister sin tidsaktuelle dimensjon – altså at de har gått ut på dato, og forteller om løsninger på historiske forhold enn det som lovanvenderen har på bordet i dag. Erik Boe mener at reelle hensyn er en bikilde for forståelsen av andre rettskilder (Boe 2006 [intervju]). Reelle hensyn er med andre ord normer for hvordan normer skal brukes. Friheten dommeren får ligge i disse hensyn. Etter hans syn er juridiske fremstillinger altfor ofte preget av uklarheter rundt defineringen av de reelle hensyn.<sup>11</sup> Boe er derfor den av juristene jeg har samtalt med, som legger seg på den smale definisjonen av reelle hensyn, jfr. Jens Evald og hans todeling i kapittel to.

---

<sup>10</sup> Han betegnet de reelle hensyn som en "kollektiv juristdans" (Michalsen 2006 [intervju]).

<sup>11</sup> Som han selv var inne på, står han i en litt opposisjonsaktig rolle til de andre jurister. Allikevel er hans todeling av norske jurister noe underlig, nemlig de som kan noe og de som ikke kan noe (Boe 2006 [intervju]). Dette blir litt merkelig all den tid reelle hensyn er såpass uklar, og av en mer subjektiv karakter enn andre rettskildefaktorer, og hvor en viss grad av uenighet gjør seg gjeldende.

Rune Slagstad skriver skeptisk om de reelle hensyn:

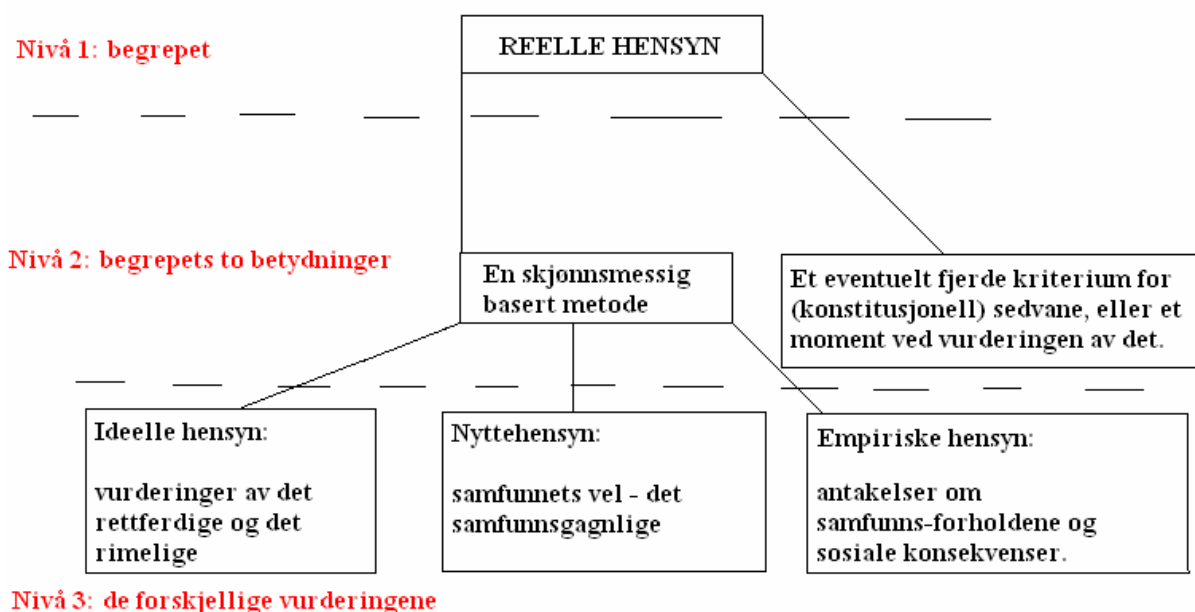
”Reelle hensyn” er som begrep en bastard. Det gir rom for vurderinger av hva som er rettferdig og rimelig – altså *ideelle* hensyn; for vurderinger ut fra ”Samfunnets Vel” – altså *nyttehensyn*; og for antakelser om samfunnsforhold og sosiale konsekvenser – altså *empiriske* hensyn (Slagstad 1987: 401-402).

Jeg mener at Rune Slagstad er inne på noe viktig, og at denne delingen har sin begrunnelse i det å skille mellom de forskjellige reelle hensyn som er fremtredende i de forskjellige saker.

Fra litteraturgjennomgangen så vi at de reelle hensyn angår rimelighetsbetraktninger og vurderinger av resultatets godhet. Vi kan med stor grad av sikkerhet slå fast at reelle hensyn mer spiller på det gagnlige, og da det gagnlige for samfunnet. Men det bør heller ikke herske tvil om at individet heller ikke skal trampes på, eller på annen utilbørlig måte lide på grunn av lovanvenderens mer friere overveielser. Som leseren kanskje har merket, bruke undertegnede ordene ”friere overveielser”. Jeg mener dette er en god måte. Det peker utover det faktum at man ved bruken av slike hensyn det her er snakk om løfter blikket fra de tradisjonelle rettskildene, lov og sedvane, og heller prøver å hente argumenter og dermed løsninger på konkrete saker på et litt annet plan. I denne oppgaven er det særlig domspremisser fra Høyesterett som skal stå sentralt i eksemplene fra saker med store samfunnsmessige implikasjoner. I den forbindelse er det bruk av reelle hensyn i samfunnsgagnlige avgjørelser som er interessant. Som vi skal se, vendte domstolene seg bort fra det jeg vil kalle individtenkning og over til å ta hensyn til de verdier man ønsket å trygge og bygge opp i landet under ett. I denne forbindelse kommer det opp et spørsmål om utilitarismens rolle. En utilitarist tenker helhetlig, og dermed at samfunnet og så mange som mulig skal få det godt. Konsekvensen kan i så fall bli at et mindretall må ”lide” for at flertallet skal få det bedre.

Det er mulig at man her kan bedrive flisespikkeri rundt Carl August Fleischer og Torstein Eckhoff. Men hvis man tenker seg at det er deres egne meninger og teorier som legges til grunn (men selvfølgelig påvirket noe av andre kollegaer), så kan vi finne en om ikke tydelig, så i hvert fall eksisterende forskjell mellom de to. Fleischer legger mer vekt på samfunnet som helhet, mens Eckhoff er mer individuell. Førstnevnte har jeg karakterisert som en ”myk-utilitarist” som vil at samfunnet generelt skal komme best mulig ut av en sak, dog uten at det skal være ekstreme utslag i enkelttilfeller. Eckhoff er fokusert på individet og rettferdighet for det. Jeg er fullt klar over at dette kan være å oppkonstruere kunstige og kanskje ikke-eksisterende skiller mellom de to, men jeg mener at når en slik forskjell kan leses ut av hva de skriver så egner det seg også til å bli luftet for allmennheten. Men man skal vokte seg vel for å lage ti høns av ei fjær. Dog får jeg noe støtte for denne teorien av Eivind Smith. Han påpeker at det kan spores en slik forskjell i synet hos de to. Eckhoff kan på mange måter ses på som den svakes gode venn – altså en individorientert atferd, mens Fleischer har sine tanker først og fremst rundt det samfunnsgagnlige (Smith 2005 [intervju]). Til alt overmål fikk min påstand også støtte hos Fleischer selv (Fleischer 2006 [intervju]), selv om man ikke skulle overdrive distinksjonen. Fleischer mente hans oppfatninger og påvirkninger kunne spores tilbake til hans deltakelse i utenriksdepartementet.

Jeg avslutter diskusjonen med en egenutviklet skisse over hvordan reelle hensyn skal forstås. Slik jeg ser det fanger min modell inn de fleste eventualiteter.



Figur 2.1 Hvordan reelle hensyn kan forstås.<sup>12</sup>

Jeg har delt modellen i tre nivåer. Først selve begrepet. Deretter peker nivå to på de i all hovedsak to forskjellige betydningene som kan legges i termen. Dette er for det første en mer skjønnsbasert metode. På nivå tre betyr dette igjen at mer friere overveielser ligger bak og fremmer ulike hensyn. Disse har jeg lånt av Rune Slagstad, og i likhet med ham delt dem i tre. De fanger opp vurderinger vedrørende det rimelige, rettferdige, det samfunnsmessige vel og om de sosiale forhold, samt konsekvenser av disse ulike vurderingene. På nivå to igjen, ser vi at begrepet reelle hensyn også kan inneha en annen betydning – nemlig som et eventuelt fjerde kriterium eller element ved bedømmelsen av en eventuell sedvane.

### 2.8.1 Bred og snever bruk av reelle hensyn.

Den norske juriststanden har vist seg å være i utakt med seg selv hva synet på de reelle hensyn angår. Dette burde ikke være overraskende. På et så stort felt som jussen, med sine mange emner, miljøer og ikke minst sterke personligheter, vil det nødvendigvis ikke være en fullstendig konsensus rundt de forskjellige temaene. Jeg finner det derfor påkrevet med en liten diskusjon vedrørende norske juristers syn på de reelle hensyn. Det ligger en fare i dette, ved at noen kan klistres til posisjoner og festes ved et syn som kan være overdrevet, eller tatt noe løselig ut av sin sammenheng. Med dette i

<sup>12</sup> Den andre av begrepets to betydninger, nemlig som et kriterium for sedvaneretten, drøftes i fjerde kapittel.

tankene, vil jeg her kun gjøre bruk av de kommentarer mine intervjuobjekter kom med selv – enten muntlig eller skriftlig. Det er flere nøkkelord som man må være oppmerksom på. For det første er det Jens Evald og den snevre og brede oppfatning som han la til grunn, som etter det jeg ser har meget for seg. Videre må en slik klargjøring av ståsteder ses i lys av kontinuitet eller brudd/utviding i jussen. Til slutt de som ikke bruker begrepet overhodet.

Dag Michalsen mener reelle hensyn er en rettsteoretisk nødvendighet. Videre mener han at det er en utbredt mytologi når 1960-tallet fremheves som en tid med store omveltninger i jussen, mens det i virkeligheten er en stor grad av kontinuitet (Michalsen 2006 [intervju]). Carl August Fleischer mener reelle hensyn er en viktig rettskildefaktor (Fleischer 2006 [intervju]), jfr. også kapittel to. Han var videre opptatt av at slike hensyn måtte bli viktigere i fremtiden. Det ligger derfor etter mitt skjønn i kortene at Fleischer føyer seg inn i rekken av dem som mener det har hersket kontinuitet over lang tid. Som kapittel to viste, mener han at forløpere til dagens reelle hensyn kom allerede før 1900-tallet. Sverre Blandhol mener jeg også kan settes i denne tradisjonen. Hans fremstilling av pragmatisme og bruk av avveiningsmodell, viser med tydelighet at dette etter hans syn har funnet sted over lang tid, og at han selv er positiv til det.

Når det gjelder brudd på 1960-tallet, kan særlig Erik Boe nevnes. Eller som han selv sa: reelle hensyn åpnet for en større bredde i rettskildelitteraturen (Boe 2006 [intervju]). Boe er vel den som undertegnede aller klarest kan plassere i den snevre definisjonen av reelle hensyn, i det han sier at "[reelle hensyn] er en bikilde for forståelsen av andre kilder" (ibid.). Dette betyr videre at slike hensyn anses som en faktor eller element som rettsanvenderen benytter for å tolke innholdet i en rettsregel. Ergo blir de normer for hvordan normer skal forstås. Jeg vil også sette Fredrik Sejersted inn i denne gruppen av jurister, som mente at det skjedde noe på 1960-tallet – dog ikke at han deler den snevre oppfatningen. Han er dessuten et tvilstilfelle, fordi han samtidig gir uttrykk for at vurderinger som fanges opp av reelle hensyn alltid har vært til stede, men at navnet kom med Torstein Eckhoff (Sejersted 2006 [intervju]).

Til slutt har vi dem som innrømmer reelle hensyns eksistens, men som ikke vil bruke dem av forskjellige årsaker. Hans Petter Graver skriver:

”Reelle hensyn er argumenter som knytter seg til sakens egenart, enten som typetilfelle eller konkret. Begrepet brukes veldig forskjellig, og gir opphav til mange misforståelser og skinndebatter. Jeg bruker det ikke når jeg skal forklare og beskrive juridisk metode (Graver 2006 [personlig korrespondanse]).

Fra kapittel to gjorde Morten Kinander seg bemerket, ved at termen etter hans syn måtte utgå. Hans noe spesielle syn på saken gjenspiles også i måten han omtalte slike hensyn på, ved konsistent å sette begrepet inn i gåsetegn (”reelle hensyn”).

### **2.8.2 Begrepsutviklingen.**

Mine forberedelser og forundersøkelser om reelle hensyn avslørte en uenighet innad i det juridiske miljøet hvorvidt begrepet ”reelle hensyn” kom inn rundt 1970 eller om det også har gjort seg gjeldende før den tid.<sup>13</sup> I min følgende fremstilling og diskusjon vil tilhengerne av det første alternativet, altså rundt 1970, bli skuffet. Eksplisitt bruk av et uttrykk må stå som et symbol på et eller annet, hvor man før antakeligvis mente det samme, men hvor man bakte det inn i premissene, i stedet for å gi det en form for rettskildefaktor. I anledning min diskusjon her vil jeg få presentere en tese jeg tentativt vil forsøke å bygge opp under (både her og i neste kapittel):

*Vurderinger vedrørende det samfunnsgagnlige har alltid gjort seg gjeldende, men hvor praksisen (selvfølgelig) kom før begrepet. Det implisitte ble etter hvert gjort mer eksplisitt. Forholdets/sakens natur stammer fra naturrettens mer abstrakte begreper, og ble særlig etter siste krig avmystifisert, tillagt et innhold som pekte mot aktørers egne, subjektive vurderinger.*

---

<sup>13</sup> Min diskusjon her pretenderer ikke å være uttømmende all den tid andre eksempler kan finnes. Men min innsats kan dog motbevise et og annet som til nå har vært godtatt som god rettshistorie. Men nettopp her kan min rolle som statsviter angripes, nemlig at en statsviteres kjennskap til all mulig juridisk litteratur begrenser seg. Men denne kritikken er uansett av mindre betydning, når de som eventuelt vil kritisere, er de som sannsynligvis beviselig har tatt feil om de reelle hensyns tilblivelse.



Denne tesen må få to kommentarer: den første for å belyse noe som burde være innlysende, men som mange glemmer – nemlig at praksisen kommer før begrepet. Det andre går ut på at reelle hensyn som en del av premissene ble gjort klarere, og ikke lenger forsøkt skjult som i noe grad før. Som jeg kommer tilbake til i neste kapittel om de lange linjer og spesifikke historiske eksemplene, har mer friere overveielser gjort seg gjeldende som vi i dag nettopp vil kaste i en sekk og kalle reelle hensyn.<sup>14</sup>

Som jeg har vært inne på, var det opprinnelig to rettskildefaktorer, lov og sedvane. Førstnevnte er den manifesterte og mest autoritative, mens den andre er den uskrevene og mer historisk-tradisjonelle. Eksemplene kan være vår grunnlov fra 1814, som regulerer forholdet mellom statsmaktene blant annet i form av det skrevne ord. Som sedvane kan vi peke på parlamentarismen, som sier at mot Stortingets uttrykte mistillitt kan ingen regjering sitte. Sistnevnte er ikke blitt skrevet inn i grunnloven, men fungerer som en sedvane, dog med konstitusjonell karakter, idet den regulerer forholdet mellom våre statsmakter.<sup>15</sup> Napoleon Bonaparte var nok den første som kodifiserte lovene i en større utstrekning enn tidligere, og staket ut veien for andre land som etter hvert oppstod.<sup>16</sup> Før denne tid var det sedvanene og svært generelle lover som hadde vært i bruk. Men utover 1800-tallet utviklet det seg en oppfatning om at lover og sedvaner ikke tok opp i seg hele det komplekset av faktorer som lovanvenderen må ty til for å finne frem til en best mulig løsning. Derfra utledet man argumentasjon og premisser fra det som gammelt av er blitt kalt ”sakens natur” i Norge, og ”forholdets natur” i Danmark.

Jens Evald gir en god oversikt over utviklingen (Evald 2002). Han skriver at verken gresk filosofi eller romersk rett kjente til forholdets natur slik man vektlegger begrepet i dag. Men det grunnleggende tankegodset bak kan hentes fra denne tiden. Filosofien til grekerne forklarte naturen som formålsbestemt hvor hver ting streber etter å kunne

---

<sup>14</sup> Grunnen til at jeg ikke inkluderer dette i neste kapittel kan forklares med at jeg her er interessert i selve termen og hva som legges i det, mens de lange linjer og historiske eksempler vil få en profil av samfunnsgagnlige overveielser. Skillet går dermed mellom reelle hensyn i rettsteorien generelt og vurderinger med politiske implikasjoner.

<sup>15</sup> I kapitlet om reelle hensyn som et eventuelt fjerde kriterium for (konstitusjonell) sedvanerett diskuterer jeg dette grundigere.

<sup>16</sup> Jfr. Code Napoleon.

realisere disse formålene. Ideen var dermed tingenes iboende streben. Dermed er det "[...] således en urgammel idè, at livsforholdene bærer i sig sine egne love, som lovgiveren og dommeren har at oppsøge og respektere" (ibid.:102). Cicero snakker for eksempel om "rerum natura" – universets natur.

Men først og fremst var det Montesquieu som var først ute med å la forholdets natur prege sin filosofi. I hovedverket "De l'esprit des lois" skriver han således: "Loven er i videste forstand de nødvendige sammenhænge der afledes af tingenes natur [...]" (sitert etter Evald 2002:103). Han legger til grunn at alle vesener (mennesker, guder, dyr osv.) har sine egne lover. På bakgrunn av at menneskene styres av kanonisk rett, privat og offentlig rett osv., er oppgaven å finne ut hvilke av kategoriene man skal dømme etter tilhører. Det er derfor, sier Evald, at Montesquieu vil foreta en omfattende undersøkelse av ulike "reelle hensyn" som danner grunnlaget for lovgivningen. Blant de ulike forholdene som trekkes inn er styreform og klimatiske forhold. Avslutningsvis kan man derfor si at Montesquieu "understregede betydningen af, at retten er i overensstemmelse med menneskers naturlige behov" (Evald 2000:45).

Dansk litteratur legger mye vekt på at den eldre rettskildeteorien nettopp var inspirert av Montesquieu og særlig tysk rettsvitenskap. I Danmark var det særlig Anders Sandøe Ørsted, som gikk i bresjen for den danske rettsvitenskapen, som lot seg påvirke av tyskerne, og i all vesentlighet kan Savigny nevnes. Han mente rettens grunnlag var folkeviljen (Volksgeist) (se Nielsen 1997:185; Evald 2000:45 og Evald 2002:103). Det var Ørsted som for alvor brakte forholdets natur inn i den danske retts-tenkningen, og omtrent alle med unntak har akseptert dette som en rettskilde. Hos våre naboer har denne blitt brukt på en meget pragmatisk måte (Nielsen 1997:186).

I Norge ble betegnelsen "sakens natur" den mest vanlige. Oscar Platou skrev i sin bok om rettskildene dette om uttrykket: ""Sagens Natur" er et Udtryk, som jævnlig benyttes, men ikke sjelden uden klar Forestilling om, hva dermed menes, og ikke saa sjelden benyttes det i Mangel av Argument" (Platou 1915:57).

Det var nok ikke mangel på argumenter som fikk dommerne til å ty til sakens natur, men heller det faktum at de eksisterende lovene ikke ga tilfredsstillende svar på de rettsspørsmål som var til behandling. Slik sett mener jeg Platou tar feil. Nettopp det å bruke argumenter som hentes fra sakens natur tyder på at man har en klar forestilling om hva som er rett og galt, men at lovverket henger etter og ikke er utfyllende.

I norske juristkretser er det en utbredt lære om at det var Torstein Eckhoff som introduserte begrepet "reelle hensyn" i sin *Rettskildelære* fra 1971. Riktignok brukte han begrepet, og han var nok den første til å bruke det i en *lærebok*, men det var noen før ham. Erling Sandmo skriver i boken *Siste ord* at reelle hensyn ble sett på som en helt ny rettskilde nærmest plutselig:

[S]ammenhengen belegges typisk med Eckhoffs innlemmelse av reelle hensyn i hans fremstilling av rettskildelæren. Denne vurderingen møter vi også i juridiske arbeider, som når Jan Fridtjof Bernt og David R. Doublet hevder at Eckhoff "oppfant" de reelle hensyn og "introduserte" disse hensynene som relevant element i den juridiske argumentasjon (Sandmo 2005:507).

Også Morten Kinander observerer dette:

Verdibasert argumentasjon er ikke noe nytt i norsk sammenheng; i hvert fall kan man ikke med rimelighet si at det var Torstein Eckhoff som revolusjonerte norsk juridisk metodelære ved å benevne en rettskildefaktor "reelle hensyn". Jeg skal ikke her gå inn på begrephistorie, men nøye meg med å slå fast at Anton Martin Schweigaards argumentasjon i 1834 er besnærende lik den man gjenfinner i dagens rettsvitenskap og hos Eckhoff (Kinander 2002:226).

Uansett satte Eckhoff her opp sju rettskildefaktorer, hvorav reelle hensyn ble den syvende.<sup>17</sup> Spørsmålet er derfor hvorfor han valgte å gjøre nettopp dette. Dette mener

---

<sup>17</sup> De andre var lovtekster, lovforarbeider, rettspraksis, andre myndigheters praksis, publikumssedvaner og rettsoppfatninger, og da særlig i den juridiske litteraturen. Se Eckhoff 1971:20.

Fredrik Sejersted er et meget viktig spørsmål å stille, og han stiller flere delspørsmål rundt reelle hensyn. For det første er navnet mindre viktig. Men viktig i seg selv er når begrepet første gang ble brukt. Hvilken sammenheng? Hvorfor? I det hele tatt: hvorfor satte man navn på det? Synliggjørelse? Hvorfor sette ord på det? For å gi det en større plass (Sejersted 2006 [intervju])? Hans svar er at Eckhoff ville utvide antall kategorier for å få på plass en allerede eksisterende oppfatning, og samtidig gi det en mer sentral plass, siden reelle hensyn i vår betydning alltid har gjort seg gjeldende. Eivind Smith mener han var hovedsakelig deskriptiv, og gjorde seg til talsmann for at alle saker skulle underkastes undersøkelser hvor alle argumenter ble avdekket og alle sider sjekket. Sagt på en annen måte; Eckhoff ville at alle parter skulle si tingene klart. Som en følge av dette må alle sider kunne etterprøves. Åpenheten var viktig (Smith 2005 [intervju]).

Dag Michalsen spør "who cares" hva selve termen angår (Michalsen 2006 [intervju]). For ham er innholdet mer viktig enn merkelappen vi gir, og hvorfor forfatterne skriver reelle hensyn. Fredrik Sejersted og Erik Boe er begge av den formening at det var Torstein Eckhoff som først introduserte begrepet reelle hensyn. Hans Petter Graver mener tradisjonen var inspirert av Anton Martin Schweigaard og senere Alf Ross (Graver 2006 [intervju]). Jeg vil tro det er Schweigaards tanker om det som kan kalles samfunnets vel, han tenker på. I så fall er ikke det et direkte skudd i blinde. Som jeg allerede var inne på i litteraturgjennomgangen, påberopte Carl August Fleischer seg æren av å ha tatt begrepet til Norge, men selvsagt med inspirasjon fra blant annet Alf Ross (Fleischer 2006 [intervju]). Det er nok riktig at han fikk inspirasjon, men det burde ikke vært Ross. Fleischer, som selv på en bitende måte skrev at det var unødvendig å gå over Skagerrak etter vann, kunne selv hentet begrepet fra andre *nordmenn*, som jeg straks kommer til. Fleischer gjorde seg altså skyldig i det han arresterte andre for. Men som vi så brukte Ross begrepet "reale hensyn" i sin bok fra 1953. Erik Boe må vel sies å inneha den mest fantasifulle oppfattelsen av hvem som tok i bruk begrepet først i Norge. Fast bestemt mente han dette var Torstein Eckhoff i sin bok fra 1971. Tvilen kom dog innover ham da Fleischer og hans bidrag i boken fra 1968 ble nevnt. Boe mente deretter Fleischer hadde overhørt Eckhoff på noen av sine

forelesninger og dermed brukt uttrykket reelle hensyn først *skriftlig*, mens Eckhoff var først ute *muntlig*.<sup>18</sup>

Men spørsmålet er om det kan sies noe mer om hvem som innførte begrepet. Den første som tok mer direkte i bruk en argumentasjon som pekte på reelle hensyn var høyesterettsjustitiarius Herman Scheel i en prøveforelesning i 1892:

Hvis der er saa, at Rettens Grund og derfor tillige dens Prøvesten er *Samfundets Vel*, bliver det derfor under enhver Omstændighed nødvendig at underkaste Læren om Retskilderne en Revision paa dette Grundlag. Og jeg tror, at en saadan Revision vil føre til Aerkjendelsen ogsaa af andre Momenter end Sædvane og Lovgivning som bestemmende for, hvad der skal anses som gjældende Ret (sitert etter Slagstad 1987:399-400).

Også han antok at de andre momentene som måtte bli anerkjent pekte utover det samfunnsgagnlige og det heles vel. En annen som også etter noen år kom med en antydning til uttrykket reelle hensyn var Oscar Platou. I sin bok om rettskildene fra 1915 skriver han:

I ethvert Samfund vil der til enhver Tid findes fastslaaet visse historisk givne faktiske Samlivsforhold, visse sociale, økonomiske og ethiske Forhold. Der er f. Ex. Eiendomsret, Arveret, Ægteskab, et mer eller mindre udviklet Omsætningsliv o.l. Retsreglernes Indhold vil for en stor Del være bestemt ved disse Forholds Natur. I Samlivet, Samfundsforholdene selv er i store Træk optegnet deres retslige Ordning. De *reale Forhold* tilvirker selv Retsregelen (der røber sig i Folkets daglige Praxis), thi Retsregelen er Produktet af de i Livet forhaandenværende Interesser, som den skal beskytte (Platou 1915:57-58 – min kursivering).

Francis Hagerup skriver samme år:

---

<sup>18</sup> Carl August Fleischers reaksjon på Erik Boes oppfatning var lettere oppgitthet.

Det Spørsmål, man maa stille, er dette: Er der under Hensyn til det praktiske Formaal, som Panteretten er bestemt å tjene, Grund til at tilstaa Eierpanthaveren visse Beføielser, som ikke allerede hans Eiendomsret medfører? Finder man, at *reale Hensyn* nødvendiggjør en bekræftende Besvarelse af dette Spørgsmaal, maa den ovennævnte Bestemmelse af Panterettens Begreb berigtiges overensstemmende hermed (sitert etter Kinander 2002:228 – min kursivering).

Men vi skal ikke glemme allerede omtalte Herman Scheel. I 1940 skrev han en artikkel om rettskildelitteraturen i Norge og Danmark, og her brukte han selv uttrykket *reelle hensyn*: ”Takket være Ørsted har de danske og norske domstoler i det store og hele kunnet praktisere en med en sunn oppfatning av de reelle hensyn stemmende rettskildelære” (sitert etter Sandmo 2005:508).

Francis Hagerup brukte altså uttrykket *reale hensyn* 53 år før Carl August Fleischer, og 38 år før Alf Ross. Torstein Eckhoff satte den juridiske litteraturen opp på en sjette plass over de rettskildefaktorene. Rettspraksisen plasserte han på en tredjeplass. Med andre ord er de domspremisser som Høyesterett legger frem viktigere enn de fremstillinger av eksperter i jussen. Jeg vil derfor ta for meg noen eksempler som viser at rikets øverste domstol benyttet uttrykket lenge før noen rettsteoretikere gjorde det i Norge, og noen år før enn Alf Ross gjorde det i Danmark.

I en sak hvor spørsmålet var inndragningsansvar også for slektninger i arveoppgjør med forbindelser til landssvikanordningen med dom i Høyesterett 16. oktober 1948, finner vi blant annet dette i domspremissene skrevet av førstvoterende Berger:

Jeg er således ikke enig i den rettsoppfatning som har fått uttrykk i Høyesteretts dom Rt. 1926 side 898. Jeg mener også at avgjørende *reelle hensyn* taler for at inndragningsansvaret må kunne rettes mot den skyldiges bo og arvinger, idet

det ville være støtende om disse skulle berikes ved arvelaterens forbrytelse (Norsk Rettstidene 1948:929 – min kursivering).<sup>19</sup>

I en annen sak som også har mer statsvitenskapelige trekk, brukes reelle hensyn meget klart av Høyesterett. Saken angikk mortifikasjon, og Carl August Fleischer drøfter denne saken opp mot § 66 i Grunnloven. Dette er en paragraf som beskytter stortingsrepresentantene mot straffeforfølgelse for ytringer i Stortinget (Fleischer 1998:359). § 66:

Repræsentanterne ere paa deres Reise til og fra Storthinget, samt under deres Opholdder, befriede fra personlig Heftelse, med mindre de gribes i offentlige Forbrydelser, ei heller kunne de udenfor Storthingets Forsamlinger drages til Ansvar for deres der ytrede Meninger. Efter den der vedtagne Orden er Enhver pligtig at rette Sig (Andenæs 2001:40).

Fleischer drøfter kort denne loven, og presiserer at parlamentarikerne bør sikres et best mulig og optimalt arbeidsforhold på den måten at de kan si ifra og kritisere aktuelle samfunnsforhold, uten fare for å måtte stå til ansvar for det – for eksempel i form av et injuriesøksmål (Fleischer 1998:359). Det er jo de deputertes ansvar å påpeke svakheter i samfunnet og den offentlige forvaltningen, og samtidig treffe tiltak for å forbedre en kritikkverdig situasjon.

I 1957 måtte Høyesterett ta stilling til dette vernet av våre folkevalgte. Ifølge Fleischer måtte retten ta stilling til forskjellige reelle hensyn, sånn som risikoen hva søksmål angår, tidstap og betydelige advokatutgifter og andre heftelser for dem. På den annen side hadde man teoretikere som fremmet det syn at en part som kjente seg utsatt for urettferdige uttalelser, kunne fremme et såkalt mortifikasjonssøksmål. Dette betyr kort at man kan gå til domstolen for å få uttalelser om sin person kjent døde og begravet. Høyesterett kom frem til og argumenterte med at de reelle hensyn måtte spille en stor

---

<sup>19</sup> Dette er den første Høyesterettsdommen hvor jeg har funnet uttrykket ”reelle hensyn” anvendt. Det kan godt være at også tidligere dommer kan avsløre bruk av termen, men det er i så fall av sekundær betydning all den tid mitt poeng her er å vise at Høyesterett brukte uttrykket før enn rettsteoretikerne skrev om det i lærebøkene sine.

rolle, ved siden av en historisk-språklig forståelse av ordet ”ansvar” (ibid.). Dermed går stortingsrepresentantene fri for enhver rettsfølgelse for ytringer de kommer med. Ifølge Fleischer tok ikke teoretikerne med de omtalte reelle hensyn, og i hvert fall ikke med en like stor tyngde som Høyesterett i sine domspremisser. En liten del av dommen kan refereres:

Det samme resultat måtte man imidlertid etter min mening komme til om man så bort fra det historiske stoff og ville tolke paragrafen direkte alene ut fra de *reelle hensyn* som må antas å begrunne den og i det man sammenholder dem med andre gjeldende rettsregler (Norsk Rettstidene 1957:38 – min kursivering).

Etter dette har Høyesterett mange ganger benyttet seg av termen ”reelle hensyn”. Et søk som Morten Kinander gjorde på Lovdata 13. mars 2002 avdekket 641 treff på ”reelle hensyn” i Høyesterettsavgjørelser (Kinander 2002:233). Det er all grunn til å anta at de fire årene som har gått har økt dette antallet. I hvert fall motbeviser dette hva Erik Boe hevdet, nemlig at reelle hensyn ikke i seg selv avgjør så mye (Boe 2006 [intervju]).<sup>20</sup>

Men poenget er meget klart. Norske jurister og rettsteoretikere må slutte å tro at reelle hensyn var en term som kom med Torstein Eckhoff. Det eneste han gjorde var å ta det inn som en del av rettskildefaktorene og tillegge det en tyngde som det ikke hadde fra før. Målet hans var åpenhet rundt de vurderingene som gjøres i Høyesterett og som også er praksis i underrettene. Francis Hagerup var sannsynligvis den som brukte begrepet ”reale hensyn” først, men andre har også langt på vei brukt deler av uttrykket. Det som dermed er litt pussig er at Høyesterett anvendte uttrykket uten at dette etter det jeg forstår ble tillagt vekt av de juridiske forfatterne. Ekstra pussig blir jo dette når Eckhoff selv gir rettspraksis en tredjeplass hva prioritering angår. Da burde han vært den første til å eksplisitt peke på i hvert fall de dommene jeg har referert til. Både hans uttrykksmåte og hans disipler, især Erik Boe i nyere tid, har mye av skylden for at

---

<sup>20</sup> Her må man være oppmerksom på følgende: fordi om reelle hensyn omtales mange ganger av Høyesterett, behøver ikke dette bety at disse var utslagsgivende i rettsanvendelsen og for sakenes konkrete løsninger. Men det er grunn til å tro at de svært mange ganger nettopp er det.



mange jurister i dag går rundt og tror at reelle hensyn er en konstruksjon av Torstein Eckhoff. Det er dermed mitt håp at også denne oppgaven har gjort litt av det Jens Arup Seip mente var viktig; å kle av i stedet for å trekke en skjorte nedover aktørene.

I den første tesen i dette kapittelet hevder jeg at en praksis kommer før selve begrepet. Av diskusjonen rundt termen ”reelle hensyn” burde det være klart at argumentasjonsformene i lengre tid var knyttet til verdier og ønskelige mål heller enn direkte støtte i den positive (skriftlige) retten. Som vi også skal se i kapittelet om de lange linjer og i domspremissene i konsesjonsdommen, ligger tanken om *samfunnets vel* bak og gir moralsk støtte til lovanvenderne i Høyesterett. Deretter ble klistrelappen ”reelle hensyn” satt på etter hvert om de vurderinger av resultatets godhet og de tanker om det kvalitative gode med en løsning som gjorde seg gjeldende. Poenget mitt er at meningen og forståelsen av noe oppstår *før* begrepet - og ikke motsatt. Et begrep dukker ikke plutselig opp fra det tomme intet, for dermed å bare bli et tomt skall. Uttrykket ”trikk” fantes ikke før enn man satte hjul på en vognkasse og lot den gå på skinner med strømvogter på taket. Og det var nettopp dette poenget disiplene til Eckhoff antakeligvis kom i skade for å ikke se. Vurderingene bak de reelle hensyn har nok ganske sikkert ligget der, men hans *Rettskildelære* fikk mange til å tro at det var noe nytt. Følgelig har jeg vist at så ikke var tilfellet.

### **3.0 REELLE HENSYN I RETTSPRAGMATISME OG RETTSREALISME.**

#### **3.1 Innledning.**

I dette kapittelet vil jeg følge fremveksten av det som senere er blitt kalt reelle hensyn, og som jeg i tillegg benevner friere overveielser. Etter nærmere studier, viste det seg at reelle hensyn vokste frem på to områder. Den andre er innenfor sedvaneretten. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel fire.

Den første utviklingen var på lovanvenderens område, hvor overveielser rundt det samfunnsgagnlige erstattet rettstomme rom i lovgivningen. Det er dette som i all hovedsak er blitt redegjort for i kapittel to. Jeg vil derfor i den anledning dra de lange linjer, fra den unge Anton Martin Schweigaard og den spede start for moderniseringen<sup>21</sup> av Norge, og frem til våre dager. Målet er å vise hvordan vår tids begrep, ”reelle hensyn”, er blitt brukt i betydningen av samfunnsgagnlige tiltak og vurderinger. Jeg mener det er viktig å belyse at selv om begrepet ikke har eksistert så lenge, så har tanker om samfunnets vel og beskyttelse av det kollektive ligget i bakgrunnen og spilt en rolle som en slags samvittighet for de styrende og deres håndlangere. Som meget av det jeg skriver skal vise, er dette en oppfatning som angår forholdet mellom Stortinget og Høyesterett. I et underkapittel vil jeg diskutere forskjellige spørsmål hentet fra min gjennomgang og eksempler her. Tesen min er denne:

***”Reelle hensyn” har vist seg særlig avgjørende ved reguleringsvennlige regimer.***

Jeg bygger her på to teorier, hentet fra historien og jussen. Historikeren Jens Arup Seip formulerte tesen om rettstenkningen som en fortsettelse av politikken med andre midler. I den omdiskuterte artikkelen om Høyesterett som politisk organ fremfører han sitt postulat om juristenes strev for å komme politikerne i møte:

---

<sup>21</sup> Med modernisering tenker jeg spesielt på utbyggingen av kommunikasjonene, og da spesielt jernbanen og telegrafene. Se for eksempel Bastiansen, Henrik G. (2001): *Herom har jeg nærmere telegraferet til Kongen. Telegraf og telefon i norsk politikk 1850-1940*. Oslo: Norsk Telemuseum. Mer dyptgripende modernisering av samfunnet startet først mot slutten av århundret, se Nordby, Trond (1991): *Det moderne gjennombruddet i bondesamfunnet. Norge 1870-1920*. Oslo: Universitetsforlaget.

Norsk rettsvitenskap teori om en forfatning bygget på en grunnlov som radikalt lar seg endre ved sedvane, og teorien om lovligheten av brudd på denne sedvanemessig tilblitte forfatning, illustrerer på frapperende måte juristenes strev for å komme politikerne i møte, og trekke om ikke annet så en skjorte ned over dem. De rettslærde synes å ha en uimotståelig uvilje mot å se Keiseren uten klær (Seip 1968:116-117).

Forholdets natur, eller reelle hensyn på norsk, kan som vi så knytte til seg to oppfatninger – en bred og en snever. Her i min sammenheng er det den brede som er av interesse. Denne oppfatningen går ut på at friere overveielser heller enn de konkrete skrevne ord skal tillegges vekt. Dette fører til at jeg bygger min tese på to tanker: *historikerens* om at juristene vil komme politikerne i møte<sup>22</sup>, og *rettsteoretikernes* tanker om en mer løssluppen tolkning av rettsspørsmål. Spørsmålet er: Har Høyesterett benyttet reelle hensyn for å komme politikerne i møte i avgjørende øyeblikk?

Jeg har funnet det mest hensiktsmessig å dele historien i to bolker. Fra 1840 og frem til 1940 vil to teorier av Jens Arup Seip og Sverre Blandhol utgjøre det teoretiske bakteppet, og forståelsen av de vurderinger og handlinger som er blitt gjort fra rettsanvendernes side. I denne perioden hersket det som kan kalles *pragmatismen*, og mitt empiriske eksempel på at reelle hensyn ble tatt i bruk hentes fra den store konsesjonsdommen i 1918. Derfra ser jeg nærmere på tiden 1945 og fremover, hvor også reelle hensyn gjør seg gjeldene, men da innenfor en litt annen teoretisk retning; *rettsrealismen*. Det er hovedsakelig fullmaktslovgivningen som vil stå sentralt her.

Jeg vil nå gå over til å se på reelle hensyn som samfunnsgagnlige overveielser. Først to teorier som begge peker mot det samme; en tendens til å tenke mer på det samfunnsmessige og det kollektive heller enn det individuelle. Sagt på en annen måte blir dette beskrivelsen av veien fra et fokus på mikronivået til makronivået.

---

<sup>22</sup> Her utvider jeg Seips påstand noe, og inkluderer friere overveielser.

Jens Arup Seip delte rettstenkningen i tidsrommet fra 1814 og frem til årene etter den Annen Verdenskrig i fire hovedfaser (Seip 1968:113-114). For vår del er det den annen og fjerde som er mest interessante. Fra rundt 1830 og noen tiår fremover var det en ”realistisk” fase hvor Anton Martin Schweigaard var den ledende skikkelse, mens den fjerde betegnet Seip som den ”sosiologiske” fasen, og løp fra årene etter unionsoppløsningen og frem til krigen, hvorpå samme tendenser ble sterkere etter Annen Verdenskrigs slutt. Også Seip ser at det her er ”[...] tale om to fenomenkomplekser – politiske situasjoner og juridiske tenkemåter – som på en merkelig måte synes å være avpasset til hverandre” (ibid.:113). Som jeg senere skal vise, er dette særlig aktuelt når landet har hatt sterke regjeringer. Disse to fasene inngår i det Seip kaller herreteorien, og mener dette passer for dem som dominerer politisk eller aksepterer den politiske maktens dominans (ibid.:114). Og som han selv skriver, disse fasene og tenkemåtene ”[...] gir mulighet for en fri holdning til lovens ord” (ibid.). Schweigaardperioden i norsk politikk var preget av jurister i embetsstanden som så på seg som reformatorer. Seip skriver at de ”[...] følte seg som en politisk elite – med ingen over seg og ingen ved siden – og som med selvfølge tok det hele ansvar for sitt lands politikk” (ibid.).

Også Sverre Blandhol har skissert en teori om denne perioden; fra 1800-tallet og til krigens dager. Han kaller det pragmatisme, og hvor den positive retten tones ned (Blandhol 2005a).<sup>23</sup> Også dette betyr mer friere stillingtagen til spørsmål som kommer opp. Blandhol trekker de lange linjer tilbake til romerne og de klassiske filosofer. Dette ligger på siden av min oppgave. Heller enn å gå inn i temaet om hvordan pragmatismen oppstod, er det etter mitt skjønn mer nyttig å se på hva han legger i ordet pragmatisme. Han opererer med forskjellige kriterier, hvor ikke alle nødvendigvis gjør seg gjeldende på en gang, men hvor en helhetsvurdering må til. Pragmatismen handler veldig mye om hvordan vi tenker, og ikke så mye om hva som er sannheten (ibid.:49). Derfor forstår vi at pragmatismen ikke er noen teori slik vi forstår det begrepet. Som Blandhol skriver:

---

<sup>23</sup> For en kortere fremstilling av pragmatismen, se Blandhol, Sverre (2005): ”Hva er pragmatisme? i *TfR* nr. 04. side 491-524.

Man kan altså si det slik at pragmatismen egentlig er en *metode*, og ikke en teori. William James fremhevet at pragmatismen ikke sto for "any special results. It is a method only." Han illustrerte med et bilde fra den italienske pragmatisten Papini, som hadde uttalt at pragmatismen ligger i midten av våre teorier, som en korridor i et hotell. Når man taler om pragmatismen som en metode i vid forstand, om en orientering, "an attitude of orientation", som William James skriver, ikke et sett av metoderegler eller erkjennelsesteoretiske prinsipper (ibid.:50).

Som Sverre Blandhol skriver, er pragmatismen et brudd med den filosofiske tenkningens streben etter abstrakte fundamenter og tvingende slutninger, og heller en observasjons- og erfaringsmessig metode som ser etter "frukter, konsekvenser og fakta" (ibid.:51). Dette innebærer for eksempel at en pragmatist er antifundamentalist. Dette betyr at det ikke kan sies å eksistere noen sikker viten (ibid.:55). Man er også antiformalist, fordi det ikke er bare den positive retten som legges til grunn, men også hensyn om rimeligheten ved en avgjørelse. Dette henger sammen med retningens mer konsekvensorienterte tenkning.

### **3.2 Anton Martin Schweigaard – vår første pragmatiker.<sup>24</sup>**

Carl W. Schnitler studerte den norske embetsmannskulturen, og så på årene 1814 til 1840. Han skriver at de romerske verdier og idealer hadde innflytelse på datidens elite i Norge:

Det er mer end et tilfælde og ikke en motesak. I Norge som i Frankrike hadde tidsalderens dypeste tendenser virkelig aandelig slegtsskap med de klassiske oldtidsrepublikker. Den opblussen av fædrelandsk følelse, som i statens velfærd ser midtpunktet for alles interesser, som i det offentlige liv ser den eneste

---

<sup>24</sup> Fremstillingen om Schweigaard må nødvendigvis bli noe ufullstendig. Det må være oppgaven til rettsfilosofien og rettshistorien å fullføre beretningen om pragmatismen og realismen. For mer fylldige fremstillinger, se Sørensen, Øystein (1986): *Anton Martin Schweigaards politiske tenkning*. Oslo: UiO; Slagstad, Rune (2001): "Tre motiver" samt "Utilitarisme og naturrett: norsk rettstenkning fra Schweigaard til Seip", i *Rettens ironi*. Oslo: Pax Forlag A/S; Blandhol, Sverre (2005): *Nordisk rettspragmatisme*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

værdige beskjeftigelse for en borger og derfor søker at trække mest mulig ind for offentlighedens forum, er egne antikk. Paa denne enkeltviljens underkastelse under samfundsviljen er det, romerstaten er bygget (sitert etter Blandhol 2005a:39).

De sentrale dydene for embetsmenn var dermed å fungere til beste for det vi kan kalle samfunnets vel – romerånden som vi også kan kalle det. Går vi tilbake og ser på romerriket, så ser vi store monumentale bygg, satsing på infrastruktur (”alle veier fører til Rom”) – i det hele tatt en vilje til å bygge riket til det beste for folket. Det er i denne anledning vi snur oss og ser til Schweigaard. Han virket i mange år som en av landets største reformatorer etter 1835-40, og føyer seg nettopp inn i det vi kan kalle en ”romersk pragmatisme” hvor samfunnets vel var en veiviser. Som vi skal se var han i nærheten av å argumentere ut fra reelle hensyn.

Naturretten fungerte lenge som den naturlige rett i Norge som i mange andre land. Hovedkjernen i den var at lovene var gitt av naturen selv, og dermed ikke noe menneskene styrte over. Det klareste eksempelet er menneskerettighetene, og dens budskap om at alle hadde visse rettigheter som individer. Det blir hevdet at Anton Martin Schweigaard knuste denne læren, som ifølge Jens Arup Seip var en viktig del av den gamle ideologi ”[...] med dens bastante begreper og selvgitte gyldighet” (Seip 1974:102). Seip mener Schweigaard utviklet en nærmest ren form for utilitarisme, når han skriver at:

”det rette” var det som ville bringe flest ”atomer av nytte”, og den riktige lov den som var blitt til etter ”en uttømmende overveielse av alle interesser”. Etter denne tenkemåte var det ingen motsetning mellom det nyttige og det rette. ”Retten” var da ikke noe man var underlagt, den var et redskap (ibid.:102-103).

Flere, deriblant Sverre Blandhol, mener det er svake belegg for å hevde at Anton Martin Schweigaard var utilitarist. Dette sitatet er ofte brukt: ”Det er kun ved en vilkårlig Abstraction man kan sette det Nyttige og det Billige mod det Rette; ved en

fuldstændig Sammenfattelse af alle Momenter forsvinder Forskjellen (sitert etter Blandhol 2005:238). Dette kan ikke trekkes inn som bevis for denne påstanden. Blandhol mener at Schweigaard ikke setter det nyttige over det rette, men at dette snarere er en argumentasjonsrekke for en metode, og hvordan man skal gå frem ved argumentasjon og resonnement angående juridiske og politiske spørsmål (ibid.).

Schweigaard fikk sitt gjennombrudd i en ”ideologisk nyorientering”, som Seip kalte det (Seip 1974:98; Slagstad 2001:63). Embetsstanden hadde etablert seg etter de årelange stridighetene med blant Kong Karl Johan, og unge akademikere som så seg selv som en fornyelse, var rede til å bidra til samfunnsmessige endringer. Seip bruker også uttrykket ”intellektuell revolusjon (Seip 1974:100) om det som skjedde. Den klassiske liberalismen tok opp i seg impulser fra samfunnsfagene. Dette var tiden da Eilert Sundt med sine empiriske data ga kunnskap i sosiale regelmessigheter (ibid.:102). Og midt oppi dette fremstod den unge Schweigaard som en reformist. For ham var det ingen annen rett enn den positiverte, og hvor rett er det samme som lov – som igjen er et menneskelig verk (Slagstad 2001:66). Som Slagstad skriver var det altså lovskapningstanken som Schweigaard artikulerte, og hvor den normative ideen i hans rettsteori var utilitaristisk. Ifølge Slagstad var Schweigaard klar over konflikten mellom det individuelle og det allmenne, og at hans mellomstilling ble en pragmatisk utilitarisme. Slagstad skriver:

[D]en mulige konflikt mellom de to hensyn – hensynet til den enkelte og til almenheten – er utgangspunktet for de to motsatte teoretiske posisjoner: naturrett og utilitarisme. I tilfelle konflikt mellom grunnleggende, individuelle rettigheter og samfunnsnytte, vil en ut fra en naturrettslig betraktningssmåte la hensynet til de individuelle rettigheter være avgjørende, mens en ut fra en *ekstrem* utilitarisme vil måtte si: desto verre for rettighetene. Ut fra Schweigaards *pragmatiske* utilitarisme vil det i praksis, i det lange løp og alt tatt i betraktning, være det beste, det mest hensiktsmessige, å ta hensyn også til rettighetene (ibid.:67).

Som jeg diskuterte i det forgående kapittelet var begrepet reelle hensyn noe som først kom på 1900-tallet. Men vi kan spore de første ansatser av det, og da i betydning av samfunnets vel, i et innlegg av Schweigaard fra 1842 i Stortingets forhandlinger om den nesten frie brennevinsbrenningen. Fylla hadde vokst i størrelse og utviklet seg til et problem. Komiteen som behandlet saken, mente en helt fri brenning var løsningen. Til dette svarte Schweigaard, at da de mer løsslupne bestemmelsene kom i 1816, så "[...] betragtedes Drukkenskabene som en privat Last, medens den nu fremstillede sig som et collectivt Nationalonde, som et stort Skrækebillede og en moralsk Pæst" (sitert etter Sejersted 2001:171). Ikke bare var dette en ansats til det vi i dag kaller vurderinger ut fra hva samfunnet er tjent med, men et tydelig eksempel på den lovskapningstanken jeg var inne på. Gjennom lov ville Schweigaard komme problemet til livs. Han ble nedstemt.

Jeg vil nå gå over til mitt hovedeksempel, nemlig den store konsesjonssaken og -dommen i 1918.

### **3.3 Konsesjonssaken.**

18. september 1909 vedtok Stortinget "Lov om erhvervelse av vandfald, bergverk og anden fast eiendom", som heretter vil bli referert til som konsesjonslovene. Denne loven vakte i sin tid stor oppmerksomhet da den betydde at staten tok mer eller mindre full kontroll over vannkraftverk og vassdrag. Bakgrunnen for ervervslovene kan spores tilbake til våren 1906, da kanaldirektøren gikk ut og offentliggjorde at utenlandske kapitalister var i ferd med å gjøre innhogg i norsk vannkraft (Nordby 1983:379; Nordby 1991:127). Han sa nok offentlig det mange tenkte, nemlig at pengesterke krefter, "bestaaende væsentligst af udenlandske pengemænd, med tiden vil kunde komme til at monopolisere den største del af den nytbare vandkraft i landet" (sitert etter Nordby 1983:379). Blant annet ble det på denne tiden ført forhandlinger om kjøp av Nore-fallene, og dette fikk Storting og regjering til å handle. Johan Castberg anmeldte en interpellasjon 23. mars. 31. mars la regjeringen Michelsen frem en proposisjon om en midlertidig lov. 2. april ble den vedtatt. Dette førte til det som er



kalt ”panikk-loven” av 1906 (Lyng 1958:44-45).<sup>25</sup> Det disse lovene gikk ut på var at for det første fikk private eiere av vassdrag ikke lov til å selge rettigheter for å bygge disse ut til kraftproduksjon. Hovedsakelig gjaldt dette forbudet mot utlendinger. For det andre fikk staten en hjemfallsrett, noe som betydde at den vederlagsfritt etter 60-80 år kunne overta anlegg og rettigheter som kjøpere av utbyggingsrettigheter hadde sikret seg. Dette var i den norske nasjons første frie år og landet skulle bygges – både politisk og økonomisk. Den politiske biten sørget man for ved at staten fikk mer kontroll og myndighet over stadig flere områder. Dette var et klart brudd med embetsmannsstaten som dominerte Norge på 1800-tallet, og som hadde de politiske vyene om laissez-faire – altså minst mulig innblanding.

Høsten 1906 ble Bredal-komiteen nedsatt. Oppgaven var å lage utkast til permanente ervervslover (Nordby 1984:136-137). Innstillingen ble levert sommeren 1907, og gikk videre med skillet mellom norsk og utenlandsk kapital. Den omdiskuterte hjemfallsretten skulle benyttes ved selskaper med mindre enn 2/3 norsk kapital (ibid.). Dette var et brudd med den liberalistiske politikken hvor kalkulerbarhet var et av de viktigste kriteriene sammen med likebehandling. Men Gunnar Knudsen hadde modifisert seg fra tidligere, slik at lovene sidestilte norske og utenlandske selskaper med tanke på hjemfallsretten. Det hadde vært en voldsom debatt. I årene etter 1905 kom Norge for fullt med i industrialiseringen, og dette vakte både applaus og motstand – henholdsvis sterkest fra høyre og venstre i det politiske landskapet. Trond Nordby har fremsatt teorier om at Venstre litt etter litt godtok industrialiseringen og grep til reguleringspolitikk som førte til det man kan kalle en intervensjonsstat (Nordby 1983). Høyre strittet langt fra imot. Også innenfor dette partiet ble man opptatt av å beskytte næringslivet mot ”[...] overmæktig udenlandsk indflytelse” (ibid.:399). Heller kan man si at det var selve hjemfallsinstituttet man satte spørsmålstegn ved. Hvordan kunne staten ta tilbake noe det aldri hadde eid?

---

<sup>25</sup> John Lyng har redegjort grundig for konsesjonslovenes historie, fra den spede start i 1888, til Høyesteretts kjennelse i 1918. For en oversikt over debatten innad i Venstre, se Nordby, Trond (1983): *Venstre og samlingspolitikken 1906-1908*. Oslo: Novus Forlag As; Nordby, Trond (1984): ”Kampen om Venstre (1906-1908)”, i Grepstad, Ottar og Jostein Nerbøvik (red.): *Venstres hundre år*; Nordby, Trond (1991): *Det moderne gjennombruddet i bondesamfunnet. Norge 1870-1920*. Oslo: Universitetsforlaget.

Høyre beveget seg altså fra en liberalistisk, ikke-statlig innblandingspolitikk, til en viss form for proteksjonisme. Venstre dreide fra en proteksjonistisk linje, til en forsiktig modernisering. Konesesjonslovene ser Nordby som et definitivt brudd med den liberalistiske stat (ibid.:404).<sup>26</sup> Økonomisk ville politikerne sikre realkapitalen, som for eksempel naturressursene, for bruk i Norge og ikke havne i den situasjon at utenlandske storselskaper investerte store beløp i norske anlegg for deretter å trekke eventuell overskuddskapital ut av landet på et senere tidspunkt.

Mange var misfornøyde, og særlig eiere av vassdrag og fossefall mistenkte staten for å ville ekspropriere eiendommene uten å betale erstatning fra statskassen. Dette ville i så fall støte an mot Grunnlovens § 105, som betyr at full erstatning skal komme grunneier til gode: ”fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen”. Og det gikk ikke lenge før domstolene måtte ta stilling til konsesjonslovene. Grunneier Hjalmar Johansen klaget saken inn for rettsapparatet, og da han tapte første omgang 30. desember 1913 i Kristiania Byrett, kom saken til Høyesterett for vurdering 1918. Johansen mente på sin side at den aktuelle lovreguleringen som konsesjonslovene av 1909 stod for, var en inngripen i den private eiendomsretten, og at man derfor kunne snakke om ekspropriasjon. Hvis dette var riktig tolket, og at staten dermed vederlagsfritt kunne sikre seg vassdraget, ville det være et brudd på § 105. I min sammenheng her er det argumentasjonen fra de voterende assessorene som er interessant. Jeg vil prøve å få frem at det i virkeligheten er det vi kaller reelle hensyn som spilte inn i lov-anvenderens vurderinger i denne saken, og som til slutt avgjorde den.

### **3.3.1 Kristiania Byrett 1913.**

I byretten kan vi ikke egentlig snakke om at det var reelle hensyn som var førende argumenter i favør av staten, men vi skal allikevel se nærmere på tredjevoterende, Siewers, og hans tanker som tok opp i seg mer samfunnsgagnlige tanker. Siewers sier

---

<sup>26</sup> For en liten kritikk av denne forståelsen, se Sejersted, Francis (1993): ”Kampen om fullmaktslovgivningen 1945-1953 og den konstitusjonelle utvikling”, i Nordby, Trond (red.): *Arbeiderpartiet og planstyret 1945-1965*. Særlig side 193, note 6. Sejersted mener et brudd ikke kommer med en ny lov, men må ses i sammenheng med det ideologiske gjennombruddet for en ny type styring.

først i sine kommentarer at hvis saken hadde vært at eieren måtte avstå en eiendom, og at dette fra statens side hadde blitt en tilegnelse som helt eller delvis overførte eiendomsrådigheten, så ville § 105 kommet til sin rette. Men ”annerledes staar saken, hvor der ikke er tale om en avstaaelse og tilegnelse, men om saadanne bestemmelser, som av almene hensyn, i samfundets interesse sigter til at *regulere eiendomsraadigheten*, uten at der sker nogen overførelse til andre” (Norsk Retstidende 1914:205 – min kursivering). Videre diskuterer han at Norge nå står i en ny tid hvor særlig rettigheter over fast eiendom (skog, bergverk og vannfall) har fått en ny aktualitet for samfunnet og dets videre utvikling. Dermed har domstolene tatt til seg signalene fra Stortingets flertall om at samfunnsutviklingen følgelig bør styres og reguleres mer av det offentlige enn før. Siewers legger til grunn for at staten i denne situasjon bør ha mulighet til å regulere rådigheten over fast eiendom:

Allerede det anførte synes at maatte være tilstrekkelig til at begrunde den opfatning, at staten har og maa ha en nogetnær ubegrænset adgang tilpaa grund av *almene hensyn og i samfundets interesse at regulere og indskrænke raadigheten over fast eiendom*. Overgrep fra statsmagternes side vil naturligvis ikke være helt utænkelige, men maatte ialdfald være ganske aabenbare, for at domstolene skulde kunne behandle dem som saadanne (ibid.:206-207 – min kursivering).

Avslutningsvis peker Siewers på det faktum at Hjalmar Johansen beholder sin rådighet over eiendommen, og at det følgelig ikke kan være snakk om en ekspropriasjon. Det vil derfor ikke være snakk om det som i hans innledning gikk ut på avståelse fra eiers side og tilegnelse av staten. Men saken stoppet ikke med byrettens kjennelse, men endte i Høyesterett.

### **3.3.2 Høyesterett 1918.**

Høyesterett avgjorde 12. mars 1918 med fire mot tre stemmer at staten var i sin rett til å kunne gjennomføre konsesjonslovene, og at dette ikke brøt med Grunnlovens § 105 om erstatning ved ekspropriasjon, hovedsakelig fordi grunneier ikke var tvunget til å

selge til noen. Dommerne som stemte i favør av staten var førstvoterende Backer, ekstraassessorene Heggen og Berg samt justitiarius Thinn. Førstnevnte inntok en meget pragmatisk stilling til spørsmålet om hjemfall av vassdrag, og diskuterte videre saken ut fra det jeg kaller reelle hensyn:

Eiendomsretten til en gjenstand er efter en formentlig fastslaat definition retten til at raade over sin eiendom med de almindelige indskrænkninger, som flyter umiddelbart av loven eller retsordenen. Det er klart, at den lovgivende magt har og maa ha utstrakt beføielse til at begrænse eiendomsretten, *saaledes at eierens raadighet kun utøves overensstemmende med de forskjellige hensyn, som samfundsforholdene og samfundsutviklingen til enhver tid gjør det nødvendig at ta i betragtning*. Av hele vor lovgivning fremgaar, at de lovgivende myndigheter i stor utstrækning har sæt grænser for eierens raadighetssfære, og disse grænser maa den lovgivende magt være bemyndiget til ogsaa i fremtiden enten at utvide eller at indskrænke, *saaledes som den finder det nødvendig eller ønskelig*, med mindre den herved overskrider sin kompetanse (Norsk Retstidende 1918:405 – min kursivering).

Deretter fortsatte Backer med diskusjonen hvorvidt dette var et brudd med § 105:

*Jeg mener, at domstolen pligter at gaa ut fra, at den lovgivende myndighet ved lovens vedtagelse har tat de samfundsmæssige hensyn, som den har fundet maa komme i første række. Specielt maa jeg gaa ut fra, at naar den lovgivende magt har fundet at maatte gaa til de begrænsninger, som § 2 i loven av 1909 indeholder, har den gjort dette, fordi den har ment eller frygtet for, at erhvervelsen av vandfaldet fra de i § 2 nævnte erhververes side rummer væsentlige farer for den sociale og samfundsøkonomiske utvikling i fremtiden, farer, som den lovgivende magt har anset det nødvendig at verge samfundet mot. Hvorvidt den lovgivende magts opfatning av disse samfundshensyn og av de virkelige eller mulige farer for samfundsutviklingen er berettiget eller uberettiget, vil selvfølgelig i væsentlig grad være et skjønsspørsmål og*

henhører ialfald efter min opfatning ikke under domstolenes prøvelse. Naar den lovgivende magt av saadanne hensyn som nævnt har fundet at maatte begrænse eierens adgang til at overdrage sin eiendom til de i lovens § 2 nævnte erhververe, maa efter mitt skjøn den lovgivende magt ha kompetanse til at foreta denne begrænsning av eiendomsretten uten derved at komme i strid med grundlovens § 105 (ibid.: 406 – min kursivering).

Reelle hensyn kan vi definere som hensiktsmessighetsbetraktninger og allmenne vurderinger av hvorvidt et utfall i en spesiell sak kan vise seg å være gagnlig for folk og land i fremtiden. Som vi ser, inntok førstvoterende assessor et slikt perspektiv, og la til grunn for at lovgiverne hadde de sosiale og økonomiske formålene for øyet. Hensynet til fremtidsutsiktene veier derfor tungt i vurderingene til majoriteten i Høyesterett. Man går videre og konkluderer langt på vei at domstolene ikke kan prøve lover som Stortinget har vedtatt, og hvor sistnevnte på forhånd har drøftet sin kompetanse. Foreligger det derfor en diskusjon fra Stortingets side om deres kompetanse, vil rettsapparatet stort sett følge dem. Uansett hva domstolene måtte komme til er det til syvende og sist de folkevalgte som bestemmer. Vi kan derfor vende tilbake til Jens Arup Seip et lite øyeblikk og stusse over om flertallet i Høyesterett, med sin vektlegging på samfunnshensyn, på denne måten ville komme de folkevalgte i møte. Eller som Seip kaller det; trekke en skjorte over dem (Seip 1968:117).<sup>27</sup>

Mindretallet bestod av annenvoterende Mejdell og assessorene Bjørn og Hambro. Førstnevnte inntok en annen holdning til statens muligheter til å begrense grunneierens eiendomsrettigheter. Blant annet mente Mejdell "[...] at der ligger ganske utenfor grundlovens tankegang en saadan opfatning, som at privat eiendomsrett eller private rettigheter overhodet skulde bero paa en naadesakt fra statsmyndigheternes side" (ibid.: 409). Tvert imot mente han at blant annet § 105 er til for å anerkjenne og

---

<sup>27</sup> Wilhelm Keilhau har et litt annet syn på dommen. I og med at det gikk 9 år fra konsesjonslovens tilblivelse til den ble avgjort, kan dette ha virket inn på vurderingene, fordi det "måtte synes betenkelig å underkjenne en lov på et viktig rettsområde efterat den alt hadde vært i virksomhet i over 8 økonomisk grunnleggende år" (sitert etter Lyng 1958:54). John Lyng avviser imidlertid disse tankene.

beskytte de privatborgerlige rettighetene (ibid.). Mejdell får støtte av Bjørn som generelt i begynnelsen legger an det jeg vil kalle reelle hensyn når han "[...] antar, at lovgivningsmagten i det almenes interesse vil kunne legge ret stramme baand gaa eiendomsraadigheten uten at komme grundlovens § 105 for nær" (ibid.:422), men som deretter går lengre og sier at det for han er lite tvilsomt at staten her pålegger grunneier en "*tilsigtet* tvangsavstaaelse" (ibid.).

Oppsummeringsvis kan det sies at konsesjonslovene betydde et markant brudd med eiendomsrettighetene, som jeg også skal komme noe tilbake til. Særlig Høyesterett legitimerte statens mål om å kunne ta tilbake vannkraftverk. Med domstolens autorisasjon forstummet mye av den høyrøstede kritikken, men etter 1945 tillot situasjonen igjen kritikerne til å kunne fremføre sine synspunkter på nytt. Også her gjaldt saken vekst i statens makt.

### **3.4 Fullmaktslovgivningen.**

De pragmatiske tendensene som Sverre Blandhol mente var fremtredende før krigen, fortsatte i en viss grad, men ble avløst av en litt annen teoretisk innfallsvinkel på det juridiske feltet. Pragmatismen betydde ikke en avsky for regler, for vi har sett at Schweigaard satte lovgivningstanken høyt for å komme frem til samfunnets vel. Med *rettsrealismen* fikk man en form for regelskeptisisme, hvor de mer subjektive vurderinger og reelle hensyn ble mer avgjørende (se blant annet Sejersted 1993:98).

Alf Ross skriver blant annet dette om denne retningen:

[D]e bærende tankemotiv [...] er ønsket om at forstå retsvidenskapen i overensstemmelse med det begreb om videnskabens natur, opgave og metode der er udarbejdet af den moderne videnskabelige filosofi. Forskellige filosofiske retninger [...] mødes i afvisning af alspekulativ erkendelse grundet i apriorisk fornuftindsigt, den såkaldte metafysikk. Der er kun een verden og een erkendelse. Al videnskab angår til syvende og sidst den samme sammenhæng af kendsgerninger, og alle videnskabelige realudsagn – altså sådanne, der ikke er

af blot logisk-matematisk art – er underkastet efterprøvelse i erfaringen (Ross 1953:82).

I denne forståelsen blir normene av underordnet betydning, som også Rune Slagstad er inne på. Normers gyldighet avvises, fordi det er ”metafysiske konstruksjoner bygget over moralbevidsthetsens opplevelse av de suggerende innstillinger og deres ejendommelig automatisk motiverende kraft” (ibid.; se også Slagstad 2001:55). Teorier og normer avvises altså med at de er metafysiske konstruksjoner. Dermed avviser Ross også de to hovedretningene innenfor den normative teori, nemlig naturretten og utilitarismen (Slagstad 2001:55; Ross 1953:381-382). Nå gikk Ross lengre enn sine norske tilhengere. Riktignok fulgte de ham i forkastelsen av naturretten (unntaket må vel være Frede Castberg), men utilitarismen ble beholdt (Slagstad 1987:386). Særlig var det Torstein Eckhoff som ble den førende skikkelsen for den nye retningen her i landet. Blant annet skrev han:

For den som *ikke* føler seg ubetinget bundet av den positive rett, men betrakter den som et sett normer som av og til må vike for andre normer og verdier som man tillegger vekt, blir det mindre behov for å ha noen naturrett som motvekt (sitert etter Slagstad 1987:389).

Dette står i strid med det Hans Petter Graver skriver om hovedkjernen i rettsrealismen:

Retten skulle utledes av positive rettskilder som lover, forarbeider og praksis. Begreper, verdier og normer som ikke hadde tilknytning til konkrete positive kilder, som rettferdighet, rettigheter og allmenne prinsipper sto ikke høyt i kurs annet enn som hjelpebegreper, tomme for substans (Graver 1998:582-583).

Disse motstridende elementene kom til syne ved Eckhoffs rettskildelære i 1971, hvor mer subjektive tolkninger, reelle hensyn, fikk en fremtredende plass. Dette forklarer Graver med hans autoritet og hans prosjekt med å beskrive resonnementer ved

standpunkt til rettsspørsmål (ibid). Uansett; med Eckhoff fikk rettsrealismen i Norge et mer sosiologisk tilsnitt, og noe mindre militant innslag som med Ross i Danmark. Reelle hensyn kom inn på tross av det rettspositivistiske ideal.

Etter den Annen verdenskrig ble det mer vanlig for Stortinget å delegere myndighet nedover til forvaltningen, og da i første rekke til den ytre – nye direktorater. Denne praksisen med bare å vedta rammene for lovene, og dermed la det være opp til underliggende etater å fylle dem, kalles for fullmaktslovgivning. Betydningen ligger også i selve begrepet: Stortinget gir en fullmakt til administrasjonen for at den skal utarbeide forskrifter og slikt fylle loven. Man skal allikevel ikke tro at dette ikke også var en gryende praksis også før krigen. Venstre ønsket å styre utviklingen, og dermed ha en lov som kunne benyttes etter behov. Under en debatt om utnyttelsen av fossekraften 1909, sa Venstrerepresentanten Aavatsmark følgende:

At øve kontroll bestaar ikke i at give alskens formelle regler om, at saa skal du indrette det, og saa skal du indrette det, men i at øve kontroll med, hvordan disse værdier udnyttes, og i at de kommer [...] det hele samfund til gode (sitert etter Nordby 1991:156).

Vi merker oss de siste ordene, som mer enn antyder at samfunnets vel er tanker som nå begynner å sive inn hos politikerne. Videre i denne delen skal jeg se nærmere på fullmaktslovene som ble midlertidig vedtatt rett etter krigen. Unge og styringsvillige arbeiderpartister ville bygge opp landet igjen etter fem års okkupasjon. Dette betydde samtidig et brudd med den klassiske, liberale rettsstaten hvor prinsippene om kalkulerbarhet og forutsigbarhet ble satt under press. Dette åpnet opp for det Francis Sejersted har kalt det diskresjonære skjønn (Sejersted 1993:80). Siden Høyesterett godtok dette, ble det opp til forvaltningen å bruke ”reelle hensyn” i håndhevelsen av fullmaktene. Først litt om hva den liberale rettsstaten stod for.

Hovedkjernen var synet på makt – nemlig at makt korrumperte. Det var derfor strengt nødvendig å tøyse staten ved hjelp av lovgivning (Sejersted 1993:80). Dette var



legalitetsprinsippets mest gylne tid, ved at forvaltningen i minst mulig grad skulle kunne utøve et større skjønn. Dermed lå det i kortene at forvaltningsavgjørelser måtte kunne prøves av domstolene. Der hvor Arbeiderpartiet snakket om tillitt, krevde den gamle stat garantier. Sejersted skriver at den liberale rettsstat hadde en grunnleggende og realistisk skepsis til menneskenaturen og statsmakten. Det var derfor ikke bare nok med tillitt (ibid.:89). Skal man derfor med fem stikkord oppsummere hva rettsstaten stod for, kan Eckhoffs fem elementer benyttes: forutberegnelighet, hensynsfullhet, upartiskhet, likebehandling og demokratisk kontroll (Sejersted 2001:121). Med forvaltningens nye verktøy, var det klart for et skjønn som klart brøt med idealene om forutberegneligheten og likebehandlingen.

Det var flere fullmaktslover, men de viktigste var pris- og rasjonaliseringslovene. Hovedstegene i utviklingen var disse:<sup>28</sup>

- 1944: Wilhelm Thagaard ble arkitekten bak de provisoriske anordningene om de ovennevnte lovene. Denne anordningen gjorde at Prisdirektoratet ville ”forby innskrenkning eller stans i produksjon, påby fremstilt bestemte varer, bestemme at bedrifter ikke skal opprettes, eller at bedrifter skal nedlegges, pålegge avgifter til bruk i prisreguleringsøyemed” (Sejersted 1993:81). Denne anordningen ble fremmet på frigjøringsdagen 8. mai, og kalt Lex Thagaard.
- Finansminister Erik Brofoss la frem regjeringens lovforslag basert på de provisoriske anordningene i november 1946. Denne ble kalt Lex Brofoss.
- I juni 1947 kommer den store debatten om lovforslaget. Det ble vedtatt, men bare for et år.
- Sjaastad-komiteen, som var opprettet for å utforme det endelige forslaget til ny lov, la frem forslaget 20. mars 1952. Torp-regjeringen modifiserte forslagene kraftig, og debatten døde ut. Arbeiderpartiet bøyde seg for kritikken.

Reelle hensyn som samfunnsmessige betraktninger kommer inn i det som Francis Sejersted har kalt det diskresjonære skjønn. Argumenter rundt det allmenne og det

---

<sup>28</sup> For en bredere oversikt, se for eksempel Lyng 1958, Sejersted 1993 og Slagstad 1993.

beste for samfunnet kom til syne både fra politikerne og Høyesterett. Arbeiderpartiets Sverre Støstad uttalte således:

Når det gjelder så viktige *samfunnsspørsmål som spørsmålet om hvordan vi i fremtiden skal ordne vårt produksjonsliv, vårt næringsliv*, slik at det svarer til sin hensikt, og *skaper størst mulig lykke for flest mulig*, da må det være tillatt å bringe i anvendelse reguleringsmidler som også ble brukt av totalitære stater og er brukt av totalitære stater, hvis det er nødvendig (sitert etter Sejersted 1993:83 – min kursivering).

Sjaastad-komiteen hadde også i utkastet til rasjonaliseringsloven skrevet at den som fikk fullmakten, kunne gjøre følgende:

[M]otvirke *urimelige eller skadelige* forretningsvilkår, unødig eller fordyrende omkostnings- eller formidlingsvirksomhet, mislig konkurranse, eller andre ervervsmessige disposisjoner eller forhold som må anses urimelige eller til *skade for almene interesser* (sitert etter Sejersted 1993:89 – min kursivering).

Slik jeg ser det, er dette refleksjoner over samfunnet vel, og dermed vurderinger ut fra reelle hensyn slik jeg har definert dette i tidligere kapitler. Man argumenterte derfor ut fra et skjønn, reelle hensyn, for nettopp å innføre større grad av skjønn i forvaltningen.<sup>29</sup> I likhet med konsesjonslovene, fikk også fullmaktslovgivningen Høyesteretts autorisasjon. Spørsmålet om grunnlovsmessigheten av delegasjonen skjedde ved dom i 1952. Saken gjaldt avgifter som var blitt pålempet hvalfangstselskaper i henhold til Lex Thagaard. Avgifter kunne etter denne loven pålegges i prisreguleringsøyemed, og det var på dette punktet striden i Stortinget stod sterkest. Høyesterett fattet beslutning i plenum, noe som i seg selv medfører en kraftig

---

<sup>29</sup> Erik Boe på sin side snakker om forvaltningsskjønn (Boe 2006 [intervju]). Men kjært barn har mange navn. Skjønnnet passer godt inn i det jeg har kalt friere overveielser om det samfunnsmessige vel, selv om det er forvaltningen som fikk fullmaktene. Det blir derfor en ren akademisk-juridisk-filosofisk debatt å skulle sette et annet navn på det, når hovedpoenget er skjønnnet til fordel for samfunnet.

autorisasjon. I min sammenheng her er det selve argumentasjonen i domspremissene som er det interessante. Førstvoterende, dommer Bendiksbj, uttalte:

Jeg antar at spørsmålet om delegasjonens grunnlovsmessighet må avgjøres etter de foreliggende *reelle hensyn*. Herunder fremhever jeg særlig at de bestemmelser vi her har for oss, gir myndighet til å pålegge økonomiske forpliktelser, som kan bli meget betydelige. Etter min mening følger det imidlertid av avgiftenes karakter av prisreguleringsmidler at de må kunne pålegges av de administrative myndigheter som prisreguleringen hører under. Jeg nevner i denne forbindelse de rent praktiske hensyn som har vært fremhevet, særlig at det kan være nødvendig å handle raskt og at det store antall avgjørelser ville legge altfor meget beslag på Stortingets tid (Norsk Retstidende 1952:1097-1098 – min kursivering).

Førstvoterende understreker samtidig at det ikke er Høyesteretts oppgave å skulle ta standpunkt til politikken som føres, men snarere gyldigheten av de vedtak som fattes av Stortinget, og om de er i strid med grunnloven. Dette finner han at de ikke er, selv om ”delegasjonen [...] i dette tilfelle går langt videre enn i noe tidligere tilfelle i fredstid” (ibid.:1098). Høyesteretts forsiktighet understrekes når dommer Bendiksbj sier følgende:

[Det er] større grunn for domstolene til å utvise varsomhet med å sette seg ut over lovgivningens skjønn i et slikt tilfelle enn når det gjelder spørsmålet om en lov er i strid med en grunnlovsbestemmelse som direkte tar sikte på å være til vern for borgerne, f. eks Grunnlovens §§ 97 og 105 (ibid.).

For det første noterer vi oss at Høyesterett selv brukte uttrykket *reelle hensyn*. Bare dette er et poeng til min diskusjon i det forgående kapittelet. Men det som er enda mer interessant, er at *Høyesterett legitimerte og autoriserte bruken av skjønnet i forvaltningen med nettopp å henviser til skjønnsmessige argumenter*. Den nye lovgivningen var et brudd med det klassiske idealet om forutberegneligheten, og i

bedømmelsen av det, ble Høyesteretts rettskilde de reelle hensyn – som i seg selv bringer inn et snev av forutberegnelighet.<sup>30</sup> I neste underkapittel diskuterer jeg nærmere *mulige teorier* – statsviterens domene og mine teser.

### 3.5 Drøfting.

Slik jeg ser det, har vi to parametere å forfølge hvis vi skal underkaste forholdet mellom Stortinget og Høyesterett en undersøkelse. Det ene er bruken av lovprøvingsretten. Dette går ut på at domstolene underkjenner en lov som stridende mot Grunnloven. I Norge forkastes ikke selve loven, men den brukes ikke i domspremissene. Siden Høyesterett leverer prejudikater til underrettene, er dette et kraftig signal til lovgiver. Bruken av denne retten har vært svært varierende, fra en aktiv benyttelse til dvale gjennom mange tiår.<sup>31</sup> Den andre veien å gå er å se på bruken av de reelle hensyn i betydning av løsere vurderinger og sannsynligvis vekt på det samfunnsgagnlige. Det er dette jeg har prøvd å gjøre. Erling Sandmo spør angående de reelle hensyn hva som har vært mest reelt (Sandmo 2005:510) - hva retten har lagt mest vekt på. Som han selv skriver er det særlig resultatets godhet som har vært målet. I den anledning siterer han førstvoterende assessor Motzfeldt, som i Thams-saken fra 1909, skriver:

[B]orgernes fuldt lovlig erhvervede rettigheter bør ikke kunne verken af stat eller kommune krænkes uden erstatning til den skadelidende. Det kan efter min mening ikke fordres af den enkelte borger, at han skal gjøre særopofrelser til fordel enten for det hele statssamfund eller for herredet ved at give afkald paa sine lovlig erhvervede rettigheter. En mand kan derved blive økonomisk ruineret (sitert etter Sandmo 2005:511).

---

<sup>30</sup> Leseren kan tro at jeg selv opponerer mot dette. Mitt poeng er bare å henlede oppmerksomheten rundt det faktiske - at reelle hensyn ble brukt til å legitimere reelle hensyn. Det juridisk holdbare, altså om dette er ”god latin”, bør overlates til andre. Jeg kommer med et normativt forsvar i 5.1.

<sup>31</sup> Se for eksempel Smith, Eivind (1993) *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget.

Men fokuset skiftet fra individ til samfunn. Det er denne vendingen jeg har sett nærmere på.<sup>32</sup> Men spørsmålet er om det kan sies noe mer presist når skiftet kom.

### 3.5.1 Når kom skiftet i Høyesterett?

Den viktige konsesjonsdommen kom under det som i Norge har blitt kalt for *Venstre-staten*. På kontinentet raste den Første Verdenskrigen, men her hjemme regjerte den myndige statsminister Gunnar Knudsen. Han satt som regjeringens sjef fra 1913 til 1920. Det er under hans regime vi må se på endringer i Høyesteretts oppfatning av både forholdet mellom Storting og Høyesterett, men også det som svært lenge var det rådende synet på eiendomsretten, nemlig dens ukrenkelighet. Konsesjonsdommen er derfor en meget viktig kilde for forståelse av at noe skjedde med det sosiale synet. Rune Slagstad skriver blant annet at ved den omtalte dommen:

[F]ikk et nytt, sosialt forankret syn på eiendomsretten Høyesteretts autorisasjon. Høyesterett distanserte seg fra den oppfatning av eiendomsrettens ukrenkelighet som Universitetets fremste statsrettslærde, professor Bredo Morgenstierne, hadde hevdet i sin statsrett (1909). [...] Samfunnets oppbrudd fra den økonomiske liberalisme fikk i 1918 en høyesterettslig autorisasjon (Slagstad 2001:249).

Slagstad sier videre at Høyesterett bila striden ved at den innførte den moderne eiendomsretten. Dessuten ga man grønt lys for en mer intervenserende stat, som etter det nye synet kunne legge begrensninger på nettopp eiendomsretten. Slagstad oppsummerer ved å skrive: ”konsesjonsdommen av 1918 forente det rettsavklarende med det rettsutviklende” (ibid.:250).

For å forstå dette skiftet i Høyesterett, er det nødvendig å se på de juridiske personlighetene som etter hvert utgjorde landets øverste domsmakt. Dette igjen avhenger av statsministeren selv, Gunnar Knudsen. Fra 1892 ble han stortingsrepresentant for

---

<sup>32</sup> Dette betyr ikke at dommerne delte de samme politiske preferansene som lovgiverne, men snarere at det etter hvert ble økt konsensus omkring sentrale utviklingslinjer.

Venstre, og ble hørende til i den radikale fløyen. For ham var det de sosiale og økonomiske spørsmålene som interesserte. Per Otto Borgen skriver om han, at "[...] en av de første saker han tok opp på Stortinget, var et forslag om at staten skulle kjøpe opp vannfall og grunn slik at man kunne få en reell utnyttelse av våre kraftressurser" (Borgen 1999:149). Som vi så på i innledningen til konsesjonsdommen, var det en reell frykt for at utenlandske kapitalkrefter skulle kunne komme til å ta over de norske ressursene. Sannsynligvis fikk disse tankene også direkte påvirkning i valget av nye høyesterettsdommere som regjeringen Knudsen utpekte. Det er all grunn til å tro at ethvert regime vil sette sitt stempel på fremtiden – også når de har forlatt kongens bord. Ën av metodene er dermed å utpeke dommere som forfekter de tanker, idealer og verdier som seg selv.

Torstein Eckhoff er i sin artikkel *Høyesterett som grunnlovens vokter* inne på de samme tanker som meg. Han skriver at "[...] de utnevnelser som ble foretatt av Gunnar Knudsens annen regjering (1913-1920) brakte [...] inn i retten en del dommere som bidro til å liberalisere kontrollen med lovgivningen" (Eckhoff 1975:195). I denne sammenheng trekker han frem tre personer som ble utnevnt i 1913: Henrik Frisak, Halvard Heggen og Paal Berg (ibid.). Eckhoff kommenterte konsesjonsdommen i samme artikkel. Hans vurderinger tilsier at dommerstanden med utfallet av konsesjonssaken viste seg mer velvillige overfor økonomiske og regulerende lovgivning (ibid.:196), og at dette hadde sammenheng nettopp i de utnevnelserne som Knudsen foretok. Dermed fikk man en ny generasjon som dermed var mer på linje med Stortingets flertall, enn det som kan sies om Mejdell, som betegnes som en "kompromissløs grunnlovsvokter" (ibid.:204). Mot dette kan det følgende sies: selv om frontene til å begynne med stod mellom Venstre og Høyre, skal man være klar over følgende lille faktum: førstvoterende Backer var høyremann og en liberaler av de sjeldne, mens assessor Thinn på tross av sosialistisk tilhørighet fremstod som en representant for grunnlovskonservatismen (ibid.:205). Dermed kan det samtidig se ut som at dommerne, på tross av politiske sympatier, distanserte seg noe fra sine meningsfeller på Stortinget når avgjørelsen skulle tas. Eckhoff konkluderer derfor greit med at dommen betydde at Høyesterett nå hadde dommere som var mer tolerante

ovenfor en økonomisk reguleringslovgivning (ibid.:197). Torstein Eckhoff bemerket også at kretsen av liberale dommere økte samtidig med at politikerne ble dristigere i lovgivningen (ibid.:197-198). Det skulle heller ikke overraske meg om krigen som raste hadde virkninger på premissene. I en opphetet tid er det lettere for statsmaktene å stå sammen, heller enn å slåss seg i mellom. Når man så vederstyggelighetene ute i Europa, var det nok lettere å komme frem til mer liberal-radikale løsninger. Vi skal derfor ikke være skråsikre på at samme dom ville blitt avsagt i en atmosfære uten verdenskrig. Men dette blir mer kontrafaktisk historieskrivning, og den behersker verken en jurist eller statsviter.

### **3.6 Oppsummering og blick fremover.**

I dette kapittelet har målet vært å vise fremveksten av de reelle hensyn som overveielser av hva som gagnar samfunnet – altså samfunnets vel. Jens Arup Seip og Sverre Blandhol ble trukket inn med noen teorier. Jeg startet de lange linjer med Anton Martin Schweigaard rundt 1840. Han var svært nær ved å argumentere ut fra min forståelse av reelle hensyn. Videre betydde konsesjonssaken at eiendomsrettighetene ble modifisert til statens fordel. Fullmaktslovgivningen etter 1945 ga skjønnet en bredere plass med Høyesteretts legitimering. Med andre ord var det den brede definisjonen av reelle hensyn som fikk innpass. Mine poeng har vært å vise at skiftet kom under det som kalles venstrestaten og Gunnar Knudsens andre regjering. Utskiftingene av dommere i denne perioden åpnet opp for en mer progressiv og mindre konservativ rettsanvendelse. Høyesteretts argumentasjon i 1952 var ytterst interessant, i det man her legitimerte skjønnet – reelle hensyn – med nettopp skjønnsmessige argumenter, eksplisitt uttalt som reelle hensyn. Tesen min om at reelle hensyn har vært fremtredende ved reguleringsvillige og sterke regimer antas derfor å ha sannhet i seg. Høyesteretts klare dommer kom midt under de to periodene som kan kalles Venstrestaten og Arbeiderpartistaten. Stortingets vedtak var meget omdiskutert i sin tid, men Høyesterett sørget for den rettslige godkjenningen.

Jeg har skrevet at det er to parametere som er viktige når vi skal undersøke forholdet mellom Stortinget og Høyesterett. Prøvingsretten og bruken av reelle

hensyn. Venstrestaten betydde en liberalisering av Høyesterett. Inn kom dommere som ikke stod i opposisjon med de nye tanker og verdier som vokste frem i nasjonalforsamlingen. Dette gjorde utslag i at retten til å prøve lovene (altså ikke gjøre bruk av dem i domspremissene) mer eller mindre ble lagt til side. Inn kom de reelle hensyn, og da i betydningen av vurderinger om samfunnets vel. Fra kapittel to så vi at det kan anlegges en bred og en snever syn på reelle hensyn. Mitt poeng har her vært å vise at det er den brede oppfatningen som vant frem. Rettspositivismen fikk et redusert omfang, og hvor rettsanvenderne fikk en mer friere stilling. Denne stillingen ble brukt til å nærme seg lovgiverens ønsker. Dette er derfor et klart eksempel på at dommerne kom inn i folden, og legitimerte den nye politikken. Jeg ser de nye tankene om eiendomsretten som nettopp en bestanddel i de reelle hensyn. Målet for Høyesterett var å ikke sette seg i veien for Stortinget, og middelet ble en modifisering av synet på eiendomsrettighetene. Vender vi tilbake til tesen om at reelle hensyn virker til fordel for reguleringsvillige regimer, vil min kommentar her være at konsesjonssaken og Høyesteretts avgjørelse fra 1952 fremfor alt viste nettopp dette. Det å regulere fra statens side vil nødvendigvis på et eller annet tidspunkt få betydning for eiendomsrådigheten til private. Dessuten kunne Venstre og senere Arbeiderpartiet vise til et flertall, og kunne ved enkle grep gjøre livet utrivelig for høyesterettsdommere som ikke tok signalene. Potensielle kandidater ble temmet, og viste sin takknemlighetsgjeld da lovgiverne trengte dem. Således passet de to statsmaktene sammen, hvorav den ene utviste handlingsvilje i reformativ øyemed, mens den andre samvittighetsfullt ga et autorisert, juridisk godkjenningstempel. Det er derfor jeg sier at Høyesterett fra 1918 fungerte som Stortingets samvittighet, og hvor det nye og moderne synet på eiendomsrettighetene ble den første og viktigste bestanddel i det som undertegnede vil kalle reelle hensyn i særlig Høyesteretts domspremisser. Reelle hensyn ble brukt for å komme Stortinget i møte, mens prøvingsretten ble lagt til side.

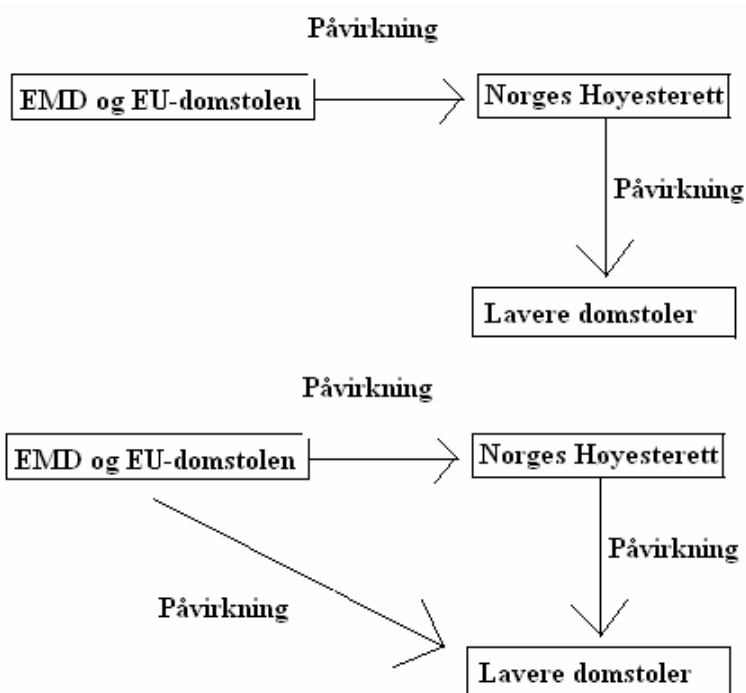
Spørsmålet er nå hvordan reelle hensyn vil påvirke i fremtiden. Verden blir mindre. Ikke fysisk, men avstanden mellom menneskene blir mindre jo mer kommunikasjon og samhandling vi har. Der hvor landene før var mer eller mindre totalt suverene med tanke på lovgivning, sørger internasjonale traktater for at vi mer veves inn i



overnasjonale avtaleverk. For Norge sin del er dette særlig aktuelt med vår tilslutning til EØS-traktaten. Spørsmålet er derfor: vil reelle hensyn også spille en rolle i fremtiden? Jeg vil her trekke veksel på Sverre Blandhol og Hans Petter Graver, og til slutt komme med en modell av hvordan praksisen kan tenkes å bli i fremtiden.

Sverre Blandhol ser nærmere på EU-domstolen og menneskerettighetene, og skriver at tendensen kan beskrives som formålsrettet (Blandhol 2005b:241). Det vil si at man trekker inn hele situasjonsbildet og drar nytte av ulike hensyn, og forsøker å nå det som er målet. Han mener også at det er tegn som tyder på at EU-domstolen er en smule mer formålsorientert enn den norske (ibid.:242-243). Hva menneskerettighetene angår, så har vurderingene her en konsekvensorientert karakter (ibid.:244). Videre konkluderer han med, at ”EMDs tolkningsstil karakteriseres som formålsorientert, dynamisk, med vekt på de *reelle hensyn* og bruk av avveiningsmodellen. Denne metoden kan kalles pragmatisk” (ibid.:246 – min kursivering). Siden de internasjonale rettsregimene har sterk påvirkning på den hjemlige retten, er det klart at det vil komme endringer. Grunnlovens bestemmelser om at Høyesterett dømmer i siste instans, vil bli utfordret. Høyesterett har selv diskutert dette, og kommet frem til at menneskerettighetsdomstolen må vise vei for rettighetene, og så får norske domstoler se til Høyesterett (ibid.:247). Sverre Blandhol konkluderer med at norske domstoler gjennomgående er mer tekstorientert enn de internasjonale, og at de sistnevnte derfor bruker mer skjønn (ibid.:248).

Hans Petter Graver mener at reelle hensyn nå er på retur etter en glansperiode for slike vurderinger i store deler av forrige århundre (Graver 2006 [intervju]). Med Muhammed-tegningene i bakhodet tror han at det blir mer prinsipielle overveielser heller enn skjønn og reelle hensyn, som vil avgjøre saker. Domstolene vil altså gripe til overordnede prinsipper som det er bredere enighet om, og dette vil selvfølgelig minske mulighetene for det subjektive skjønn. Men helt borte blir nok ikke de reelle hensyn. Under kommer en modell for hvordan fremtiden kan arte seg.



Figur 3.1 Fremtidens to påvirkingsalternativer.

På den øverste modellen er de internasjonale domstolene premissleverandør til for eksempel det norske Høyesterett, som igjen er prejudikatskapende for underrettene. Dette er slik som Høyesterett ønsker seg situasjonen. Den nederste modellen antyder hvordan det kan gå i fremtiden, nemlig at underrettspraksisen tar opp i seg signaler fra de internasjonale domstolene – uten å gå veien om Høyesterett. Hva som vil være den beste veien, vil undertegnede ikke ha noen mening om. Men det synes intuitivt snodig at en tingrett med enkelhet kan overse Høyesterettspraksis sånn uten videre. Også Dag Michalsen mener at reelle hensyn utgjorde en viktig bestanddel før, men at pendelen er i ferd med å svinge. Den globaliserte verden betyr mer formaliserte internasjonale avtaleverk, som gjør det vanskeligere med skjønn og egne vurderinger (Michalsen 2006 [intervju]).

Til slutt en liten kommentar til en påstand fra Sverre Blandhol.

Reelle hensyn kan være fremtredende både hos lovanvender og lovgiver. Sverre Blandhol skriver således, at ”en sterk rettsprodusent (lovgiver) vil ofte foretrekke en bundet rettsanvendelse. [...] Sosialdemokratiets epoke var også preget av et sterkt

rettspositivistisk ideal” (Blandhol 2005b:234-235). Dette er i så fall en halv sannhet. Riktignok økte nok lovverket i volum under Arbeiderpartiets styre i de tjue første årene etter siste krig. Men det man samtidig bør huske på, var at mange lover fikk fullmaktskarakter, noe som betydde at forvaltningen kunne foreta vurderinger på en skjønnsmessig måte – bruk av reelle hensyn. Blandhols poeng var vel at slike friere overveielser ble forsøkt luket ut. Ergo har jeg vist at denne påstanden ikke er dekkende for de norske forholdene.

## **4.0 REELLE HENSYN INNENFOR KONSTITUSJONELL SEDVANERETT.**

### **4.1 Innledende kommentarer.**

Reelle hensyn inngår som en del av de vurderinger som gjøres for å klassifisere normer som eventuelle rettslige sedvaner. For å bringe inn det statsvitenskapelige aspekt, vil konstitusjonell sedvanerett være kjernen. Kort fortalt var det gjennom lang tid tre kriterier som måtte være oppfylt, før enn en sedvane forelå. Men etter hvert kom reelle hensyn inn som en del av vurderingsgrunnlaget. Spørsmålet er derfor hvilken rolle disse har. Tesen er denne:

*Reelle hensyn har blitt et supplerende element ved bestemmelsen av hvorvidt en norm er blitt sedvane, og hvor de andre kriteriene ligger fast.*

Jeg vil derfor først i dette kapittelet se nærmere på den konstitusjonelle sedvaneretten og hvordan den vokste frem i Norge, og deretter diskutere den nevnte tesen. Det at jeg skriver om reelle hensyn i den konstitusjonelle sedvaneretten, skal ikke tolkes som at reelle hensyn kobles spesielt til denne retten, men dette er et grep for å gjøre oppgaven mer statsvitenskapelig.

Som Johs. Andenæs skriver (2001:21), er sedvanen den eldste rettskilden. Alle samfunn har i all tid hatt skrevne og uskrevne regler for hvordan tilværelsen skal reguleres og uenigheter overkommes. Sedvaner er regler som ikke er spesifikt nedskrevet, men som de fleste anerkjenner og regner som fornuftige. Derfor holder disse reglene hevd over lengre tid, og det later til at det ikke stilles spørsmål ved dem. I min oppgave er det konstitusjonell sedvane som er det interessante – altså regler som definerer forholdet mellom Stortinget, Regjeringen og Høyesterett. Et eksempel kan være parlamentarismen. Deler av dette prinsippet ble knesatt i 1884 ved riksrettsdommen mot ministeriet Selmer, men ikke fulgt opp fullt og holdent før etter unionsoppløsningen, og er aldri blitt skrevet inn i den norske Grunnloven. Men den fortsetter å leve sitt liv side om side ved de formelle paragrafene i Grunnloven. Henrik Ameln hadde på mange måter helt rett da han i mellomkrigstiden uttalte i en komitéinnstilling:

[A]t vår skrevne forfatning, og det vil i første rekke si grunnloven, som den nå lyder, ingen større veiledning gir i gjeldende norsk forfatningsrett enn en håndbok om seilskip ville være for en som ønsket å studere maskindrevet skip (sitert etter *ibid.*).

Konstitusjonell sedvanerett preger altså den norske statsretten i utstrakt grad. Som Trond Nordby skriver, dekker den et bredt spekter: "[...] normer som bygger på tolkning av Grunnloven, normer som innskrenker myndighetsområdet til et statsorgan og normer som medfører rettsendringer i forhold til Grunnlovens tekst" (Nordby 2002:491). Ordene "sedvane" og "sedvanerett" er kanskje mer interessante idet vi her beveger oss mer i gråsonen mellom jus og politikk, noe også Jan E. Helgesen poengterer (Helgesen 1977:199). Sedvane kan være noe som følges fordi det er ansett for å være politisk eller moralsk forpliktende. Men med sedvanerett kobles det rettslige inn, og det kommer rettsregler som kontrollerer og justerer de politiske handlinger. Vi snakker her om politiske normer på den ene siden, og rettslige normer på den andre. Mistillitsinstituttet går for å være selve bærebjelken i parlamentarismen. En regjering må ha Stortingets tillit for å kunne regjere. Selv om dette ikke er nevnt i Grunnloven, går det frem av Ansvarlighetsloven av 5. februar 1932 at en statsråd eller regjering plikter å gå av etter et mistillitsvotum. Altså snakker vi her om en rettsregel. En politisk norm har vi der hvor det ikke er rettsregler som regulerer forholdet, men hvor politikerne frivillig følger visse normer.

Johs. Andenæs mener at det parlamentariske prinsipp som rettsregel ikke har gyldighet utover at en regjering må søke avskjed ved et mistillitsvotum. Men politisk sett har dette prinsippet etter hans oppfatning en mye større omfang. Særlig kan hans argumenter være gyldige for Norge de siste tiårene, når han mener at en Regjering vil legge seg på en linje som kan aksepteres av det til enhver tid gjeldende flertallet på Stortinget (Andenæs 1998:151). Særlig gjelder dette under mindretallsregjeringer som alltid lever på flertallets nåde. Dessuten er heller ikke et mistillitsforslag alltid nødvendig. Den sittende Regjeringen velger selv når det vil gå av, og dette kan skje når den føler seg tilstrekkelig svekket av valg eller andre årsaker.

## 4.2 Når og hvordan kom konstitusjonell sedvanerett til Norge?

### 4.2.1 Frede Castberg.

Frede Castberg var sannsynligvis den første som direkte tok i bruk uttrykket ”konstitusjonell sedvanerett” i et ungdomsarbeide fra 1918. Han tar for seg maktfordelingsprinsippet i norsk statsrett og hvordan parlamentarismens inntreden i Norge endrer det rettslige forholdet mellom den utøvende og den lovgivende makt. Dette igjen reiser følgende spørsmål som er omrisset for Castberg sin drøfting vedrørende de norske forhold: ”[...] hvorvidt kan den grundlovbestemte Ret ændres paa anden Maate end den Grundloven selv foreskriver” (Castberg 1918:285). I den sammenheng uttaler han at hvis Grunnlovens bokstav står i strid med befolkningens rettsfølelse, så må den aktuelle lovregelen anses som opphevet. Som han selv sier: ”Grunnloven staar ikke over den Samfundets Retsoverbevisning, hvorfra Grundloven selv i sidste Instans henter sin bindende Kraft” (ibid.:286). Han diskuterer videre læren om kontrasignaturen som var en viktig bestanddel i konflikten som ledet opp til bruddet med Sverige 1905. På bakgrunn av en diskusjon som jeg ikke går inn på her, konkluderer Castberg: ”[...] [D]et er derfor fuld Grund til at betragte den Regel som gjør det til en Pligt for Regjeringen at trække sig tilbage, naar den møtes med Stortingets klart uttalte Mistillid, som tilhørende gjældende norsk Forfatningsret” (ibid.:291). Senere i artikkelen skriver han: ”[...] [d]et er formentlig nu en sikker *konstitutionel Sedvane* i Norge at Statsministeren kontrasignerer Kongens Beslutninger [...]” (ibid.:295 – min kursivering).<sup>33</sup> Som Siri Ellingsen skriver kan dette være et resultat av at det over lengre tid hadde vært en praksis på området, men at det nå begynte å feste seg (Ellingsen 2002:50). Dette er også i tråd med det korstoget Trond Nordby fører mot dem som hevder at parlamentarismen ble knesatt en gang for alle ved riksrettsdommen 1884. Hans syn er at det først etter unionsoppløsningen og opp

---

<sup>33</sup> Da Frede Castberg skrev den omtalte artikkelen, følte han selv at den var med på å forandre statsforfatningen. I sine memoarer skriver han: ”Derimot synes jeg nok at det har en viss historisk interesse at det her i denne avhandling blir utformet en lære om at den norske parlamentariske praksis har ført til en rettslig omdannelse av Norges statsforfatning, slik at parlamentarismens hovedprinsipp allerede på dette tidspunkt blir betraktet som en bestanddel av vår gjeldende statsrett” (Castberg 1971:196). Han påpeker at dette var viktig fordi konservative elementer fremdeles fastholdt prinsipper som ikke lenger fantes i det praktiske statslivet. Blant annet nevner han Morgenstierne som en bremsekloss, og at Fredrik Stang d. y. ikke ville vite av Castberg sine tanker om det parlamentariske prinsipp den første tiden (ibid.).

mot 1930-tallet festet seg det syn at mistillitsvotumet, parlamentarismens grunnpilar, var en sedvane av rettslig karakter.

#### **4.2.2 Bredo Morgenstierne.**

Før Castberg hadde Bredo Morgenstierne i sine utgivelser tatt avstand fra konstitusjonell sedvanerett. Han mente at sedvaner ikke kunne brukes som rettskilder hva forfatningsretten angikk. I den første utgaven av hans statsforfatningsrett i 1900 avviser han bruk av sedvaner i forfatningsretten overhodet: ”Hva endelig angaar Sædvanen, kan denne ikke oppfattes som virkelig Retskilde paa Forfatningsrettens Omraade” (Morgenstierne 1900:31). Andre utgaven av sin lærebok kom i 1909. Fremdeles var Morgenstierne lunken til sedvaneretten: ”Hva endelig angaar Sædvanen, kan denne i en Forfatning som vor med en skreven Grundlov, der lægger an paa at være udtømmende, ikke opfattes som forfatningsretlig Retskilde” (Morgenstierne 1909:54-55).

Men Morgenstierne åpnet døren på gløtt for sedvanerett av konstitusjonell karakter, noe også Nordby bemerker. I sitatet ovenfor skildres vår grunnlov som nærmest uttømmende, og at sedvaner dermed ikke har noen plass. Med andre ord; når saker dukker opp og den *skrevne* grunnloven ikke er så uttømmende allikevel, kan slike sedvaner ha noe for seg (se for eksempel Nordby 2002:492). Den siste utgaven fra 1926 tyder på en meget mer positiv holdning til konstitusjonell sedvanerett:

Hva endelig angaar Sædvanen, kan denne ikke i samme utstrækning som i privatretten bli en forfatningsretlig retskilde. Dette hænger sammen dermed, at bestemmelserne i grundloven lægger an paa at være uttømmende, og at statsorganerne ikke – saaledes som retssubjekterne paa andre retsomraader – frit disponerer over den myndighet, som av forfatningen er dem tillagt, men har likesaa meget en plikt som en ret til at hævde og opretholde denne myndighet (Morgenstierne 1926:58).

Begrepet "uttømmende" brukes, og tyder på at Morgenstierne nå løsnet opp og aksepterte at konstitusjonell sedvanerett både eksisterte og *kunne* komme til anvendelse. Allikevel er det det andre bindet som bør trekkes særskilt frem i denne sammenheng: "Saaledes som stillingen for øielikket er, maa man da betrakte det parlamentariske systems indførelse i vort praktiske statsliv som en fuldbragt kjendsgjerning" (Morgenstierne 1927:14). Videre refereres det til Frede Castberg i en note om parlamentarismens rettslige karakter (ibid.:15; se også Nordby 2002:491-492).<sup>34</sup> Men det står samtidig at selv om parlamentarismen gjør seg gjeldende og maktfordelingen er av redusert betydning, så tas det visse unntak og som gjør at det rådende system tones mer ned enn hva det egentlig fortjener (ibid.:16-19).

Men det var på det rene at Morgenstierne sin statsrettslige fremstilling var illusorisk og fordekket sannheten ved statslivet rent praktisk. Problemet var også i den forbindelse at undervisningen i statsretten i bunn og grunn hvilte på hans verk. Det var derfor Frede Castberg i 1935 ga ut første utgave av sin bok om den norske statsforfatningen. Hans egen begrunnelse var dette:

Morgenstiernes bok er i dag foreldet. Ikke bare er den – selv i den siste, reviderte utgave – preget av et grunnsyn på forholdet mellom storting og regjering, som ikke lar den statsrettslige utvikling på dette område i de siste menneskealdre komme fullt ut til sin rett i fremstillingen. Men vi har dessuten, siden siste utgave av Morgenstiernes bok utkom, fått nye grunnlovsbestemmelser og lover av inngripende betydning [...] (Castberg 1935:forordet).

---

<sup>34</sup> Jeg vil allikevel anlegge følgende spørsmål: Hvor mye av det som ble skrevet i denne siste utgaven er Morgenstiernes egen vilje? Han har fått omfattende hjelp av andre statsrettslærde, og dermed blir det betimelig å kunne spørre om de relativt nye tankene om sedvaneretten er en konsekvens av at andre har influert på innholdet. Blant annet står det skrevet i forordet til det andre bind at kontorsjef Vasbotten har medvirket til det avsnittet som omhandler mitt emne. Konklusjonen om at Morgenstierne i sitt verk fra 1926/27 dermed åpnet opp for parlamentarisme som konstitusjonell sedvanerett kan dermed like gjerne skyldes andres innsats. Det skal også nevnes at Frede Castberg var en av de andre som deltok i fullføringen av verket. På den andre siden må man vel regne med at Morgenstierne leste hele manuskriptet før det ble trykket. Dermed gikk han vel god for det skrevne.



#### 4.2.3 Over Skagerrak etter vann.

I Danmark hadde Knud Berlin hevdet at rettssedvaner eksisterte, og spilte en rolle i statsforfatningsretten. Hva den uskrevne rett angår, som han (og andre) kaller de subsidiære rettskilder, kan det ikke herske tvil om at disse ”i Statsretten ligesaavel som i Privatretten i Mangel af positive Forskrifter kan ty til disses Analogi og de i dem udtalte Grundsætninger eller endog til Forholdets Natur eller den almindelige statsretlige Opfattelse” (Berlin 1916:74). Dette var et tilsvær rettet mot Henning Matzen, som hevdet at rettssedvaner ikke gjorde seg gjeldende på dette området. Som han bemerker i sin lærebok over den danske statsforfatningsretten, når han kommer inn på at tomme rettsrom betyr bruk av de subsidiære rettskildene: “[...] med hensyn til disses kan først mærkes, at Retssædvanen ikke spiller nogen Rolle paa Statsforfatningsrettens Omraade” (Matzen 1910:24). Matzen mener at en allmennvilje vanskelig kan la seg oppstille i statsretten som mellom borgerne ellers. Videre mener han, hva Danmark angår, at skrevne grunnlovsforskrifter gir lite rom for rettssedvaner og mer friere tolkninger (ibid.:24-25). Derfor kan det tyde på at debatten om slike sedvaner og normer for Matzen er unødvendig. Knud Berlin trekker på sin side frem Storbritannia som det fremste eksempel på en stat som i all hovedsak har en uskreven forfatning, og hvor rettssedvaner og parlamentarisk praksis danner basisen for selve forfatningsretten. For Berlin er det “[...] utvivlsomt uholdbart, naar Retssædvane og konstitutionel Praxis, der jo oftest vil virke sammen, overhovedet frakendes enhver Betydning som Retskilde paa Statsforfatningsrettens Omraade [...]” (Berlin 1916:74). I motsetning til Matzen, som gjør seg til talsmann for en grunnlovs fullkomne rigiditet, antar Berlin det andre ytterpunktet. En grunnlov kan ikke bli fullkommen, og uansett hvor omfattende den blir skrevet vil det vokse frem en utvikling hvor sedvanene og praksis vokser frem. Disse kan anta tre former: som utfyllende elementer til det allerede skrevne, omfortolkende eller praksis som strider imot grunnloven og som endrer dens innhold uten at loven endres bokstavelig (ibid.:75). En grunnlov vil etter denne oppfatningen aldri bli uttømmende. Og løfter man blikket litt og ser mer generelt på grunnlover vil det vel ikke forekomme ønsket om at en skreven forfatning skal være mest mulig rigid, og overlate minst mulig tolkning til de folkevalgte og dommere. Tidene skifter, og med hører omfortolkninger og nye antagelser i

utviklingen av det politiske liv – herunder den parlamentariske praksisen. Derfor har han helt rett da han hevder at to statsmakter som over lang tid er enige om sedvaner og tolkninger som til og med kan være stridende mot den rådende tekst, svært vanskelig kan overprøves av domstolene. Det er på sin side heller ikke så rart all den tid det tilkommer lovgiverne å forandre og gi lover. Stortinget har med andre ord full suverenitet og kan ikke overprøves i siste instans.

Bredo Morgenstierne anmeldte Knud Berlins første utgave av ”Den danske Statsforfatningsret” i ”Tidsskrift for Retsvidenskab” i 1918. Vi minnes Berlins ord om at to statsmakter kan være enige og dermed utvikle en ny rettsedvane. Om dette skriver Morgenstierne: ”[J]eg skal ikke benegte Muligheden heraf” (TfR 1918:380). Selv om han dermed gir Berlin et visst medhold, knytter han allikevel unntak fra hans oppstilling, og kommer også med et eksempel hvor Berlins premisser, etter Morgenstiernes mening, ikke holder vann. Men allikevel kan vi fastslå at Bredo Morgenstierne nå er mer forsonlig mot denne muligheten.

Riksrettsdommen i 1884 betydde det første steg mot parlamentarismen og dets ledende prinsipp, nemlig at mot et uttrykt flertall kan ingen Regjering utnevnes. Dette var et klart brudd på Grunnloven, som hvilte på to fundamentale prinsipper: maktfordelingsprinsippet og folkesuverenitetsprinsippet. Førstnevnte ble suverent skjøvet tilbake av Venstreflertallet i riksretten, og det var klart for de fleste at de vanntette skottene mellom den lovgivende og den utøvende makten, representert ved Regjeringen, var svekket. Kongen kunne ikke lenger utpeke medlemmer til regjeringen uten Stortingets samtykke. Slutt var det også på usikkerheten om Kongen hadde absolutt veto ovenfor Stortinget i lovsaker. Stortinget på sin side hadde fattet suverene beslutninger i bevilgningssaker, etter at dette ble samlet i plenum for å få vekk den klamme hånden til Karl Johan. Et av de klassiske idealene fra Eidsvoll var dermed, om ikke forduftet, så i hvert fall modifisert. Frede Castberg konkluderer på sin side med følgende passus: ”[...] [I] Forholdet mellem Konge og Storting betegner det parlamentariske System i den Form hvori det er indført hos os, et absolutt Brudd med Magtfordelingsprincippet” (TfR 1918:296).

Som blant annet Trond Nordby har vist (Nordby 2000), ble ikke dette nye prinsippet, parlamentarismen, fulgt helt og holdent av partiene de første årene. Mye skyldtes unionen med Sverige, og konservative aktørers oppfatninger av at handlingene i 1884 ikke kunne legitimeres. Med unionsbruddet 1905 hadde alle aktører ryggen fri til å kunne slutte seg til den nye parlamentariske praksis. Og det ble en praksis ut fra nye sedvaner som aldri ble skrevet inn i Grunnloven på formelt vis. Dermed fortsatte Grunnlovens bokstavelige ord og formaliteter å leve side om side med den praksis som faktisk ble ført. Dette måtte selvfølgelig føre til vanskeligheter for dem som sverget til bokstavtro tolkning av grunnloven, noe Eivind Smith også er inne på. Slik han ser det, kom erkjennelsen av konstitusjonell sedvanerett etter 1905. Etter unionsoppløsningen fikk statsrettsteoretikerne et problem. Det ble klart at lovreglene ikke lenger var med i tiden, og at dette etter hvert ble nokså uholdbart. Blant de som lengst prøvde å holde ut var Morgenstierne, som kan betegnes som den mest konservative. Men med Castberg sin artikkel fra 1918, ble det lettere å kunne erkjenne den nye lære. Ifølge Eivind Smith prøvde Castberg å få det gamle til å passe med det nye (Smith 2005 [intervju]).

Også Jens Peter Christensen er inne på denne tanken, og han gjengir deler av Knud Berlins anmeldelse av Frede Castberg sin bok om statsforfatningen i Norge: "[...] under hele denne historiske Udvikling [...] [var det] den norske Statsretsvidenskabs tragiske Lod, at forsøge saa længe som mulig at stemme sig imod denne uimodstaaelige politiske Udvikling" (sitert etter Christensen 1990:83). I det hele tatt ble kanskje undervisningen ved det juridiske fakultet av mange oppfattet som en smule parodisk, når foreleserne forholdt seg til feil lære.

#### **4.2.4 Spesialkomitèen av 1927.**

I 1908 fant det sted på Stortinget en debatt omkring statsminister Gunnar Knudsens regjering. De politiske forholdene var noe uryddige, og Knudsen bestemte seg for inntil videre å bli sittende. Debatten viste at politikerne nå stort sett samlet seg rundt den nye styreformen – parlamentarismen. Vi kan derfor snakke om at det nå var en *politisk norm* som var etablert, men at det skulle gå noen år til før enn en *rettslig norm* var på plass.

Og det er her Spesialkomiteen av 1927 kommer inn. Stortinget nedsatte 8. juni 1927 en spesialkomite bestående av 13 medlemmer, for en utredning hvis navn var *Komiteen til revisjon av grunnlov, ansvarlighetslov og riksrettsreglement* (Innst. S, nr. 1 (1932):1). Mandatet var hovedsakelig å "[...] overveie og fremkomme med forslag om de endringer i grunnlov, ansvarlighetslov og riksrettsreglement som komiteen måtte finne påkrevet" (ibid.:4). Komiteen var imidlertid noe delt på hvordan dette mandatet skulle tolkes, noe som også senere resulterte i særmerknader fra et mindretall. Flertallet på sin side anførte at deres hovedoppgave var å se på en "revisjon av grunnlovsbestemmelser som omhandler det konstitusjonelle ansvar og håndhevelsen av dette" (ibid.). I all hovedsak betydde dette fokus på riksrettens organisering og myndighetsområde, og en totalendring av ansvarlighetsloven av 7. juli 1828, og riksrettsreglementet av 18. september 1815. Mindretallet, som bestod av Henrik Ameln, Christopher Hornsrud, Alfred Madsen og Arne Magnussen, ville gå grundigere til verks og foreta en total grunnlovsrevisjon, og anbefalte i sine merknader at Stortinget skulle nedsette en Grunnlovsrevisjonskomite (ibid.:5).

Komiteen la frem sin innstilling i 1929. Der ble det slått fast at parlamentarismen, og hovedkjernen i den – mistillitsvotumet, var en rettslig norm og videre konstitusjonell sedvanerett. Dette kan vi lese ut av følgende bemerkning fra komiteen hva utkastet til en ny § 11 angår:

Skulde det tilfelle nogensinde inntreffe at en regjering undlot å bøie sig for et av Stortinget uttalt mistillitsvotum, vilde forholdet gå inn under bestemmelsen i utkastets § 11, idet et sådant forhold fra en regjerings side måtte ansees som stridende mot statsformen (ibid.:37).

Eivind Smith diskuterer også dette i sin bok om opplysningsplikten. Av redegjørelsen går det frem at Spesialkomiteen brukte uttrykket "statsformen" i stedet for "Grunnloven" i forslaget til ny § 11, som skulle sette straff for brudd på plikter som følger av "statsformen og rikets lover" (Smith 1997:65-66). At Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité byttet ut "statsformen" med "Grunnloven", skriver Smith, kan

ikke sies å bety at Spesialkomiteens innstilling ble begrenset, men også til å angå sedvanerettslige regler. Som forarbeidene viser, legges det opp til en utvidet tolkning av Grunnloven til også å gjelde "statsformen", og derfor innlemmes også sedvanene (ibid.). Og med ansvarlighetsloven av 5. februar 1932 var den rettslige siden ved sedvanen etablert, og det ble allment akseptert at en statsråd eller regjering måtte gå av etter et mistillitsforslag som munnet ut i et mistillitsvotum, samtidig som også andre sedvaner ble akseptert. Smith skriver: "[...] med hensyn til opplysningsplikten overfor Stortinget vil jeg altså anta at ansvarlighetsl. § 11 må tolkes som om den også viser til plikter som måtte følge av sedvanerett under grunnlovs rang" (ibid.: 67). Ansvarlighetsloven viser med andre ord at de regler som var blitt fulgt særlig etter 1905, ble institusjonalisert som rettslige normer.

#### **4.3 Drøfting. Reelle hensyn som kriterium eller element?**

I den statsrettslige litteraturen har det gjennomgående vært hevdet at hvis sedvanerettslige regler skal innskrenke eller regulere forholdet mellom de høyeste statsmakter, så må det ha vært *konstant praksis, over tid* samt en *rettsoverbevisning* (opinio juris) hos dem som etterlever de aktuelle normene. Dette er for eksempel tilfelle hos Frede Castberg som i sin tredje utgave av Norges Statsforfatning legger disse kriteriene til grunn: "Hvis man skal anse et statsorgans myndighet begrenset ved sedvanerett ut over hva grunnloven bestemmer, må man kreve både en konstant praksis gjennom en lengere tid og en tilsvarende rettsoverbevisning hos de statsorganer som har utøvd denne praksis" (Castberg 1964:50). I de to forgående utgavene av *Norges Statsforfatning* legges de tre kriteriene til grunn (se Castberg 1947:72; Castberg 1935:45). Det eneste som er endret er språkdrakten.

Eivind Smith antar at de tre nevnte kriteriene ble hentet fra privatretten over til statsretten (Smith 2005 [intervju]). Dermed flyttet man kriterier fra et område hvor loven hadde herredømme til et annet område hvor lovene ikke styrer i like stor grad.

Per Augdahl skriver at den sparsomme norske litteraturen for det meste har operert med alder og rettsoverbevisning (opinio juris) (Augdahl 1949:223). Han skriver:

”ifølge Knoph må sedvanen være øvet ”gjennom lang tid”. Gjelsvik bruker uttrykket ”noko lang tid”. Ingstad sier ”et lengre tidsrum” og Andenæs ”lengere tid”. Platou nøier seg med ”en viss tid”” (ibid.:224). Å skulle si noe om hva som er lang tid er derfor vanskelig, og som vi ser er oppfatningene noe delte. Augdahl kommer inn på det som må ses som forløperen til reelle hensyn. Han bruker ikke disse ordene, men skriver om det fornuftige ved en sedvane. Dette har ikke norsk teori sett på som en betingelse (ibid.). Ifølge Augdahl har teoretikerne i lang tid hevdet at en slett sedvane kan være vanskelig å ta alvorlig – altså at det ikke er snakk om en sedvane overhodet. Det er derfor merkelig at man i lang tid nektet å ta inn et kriterium som angikk det kvalitetsmessige. Det eneste punktet hvor man gjorde unntak var i en situasjon hvor en slett sedvane førte til lav opinio juris. Dog kan det forstås at disse to, reelle hensyn og overbevisning, kobles på denne måten. En rettsoverbevisning gjør seg gjeldende når regelen har vært fulgt i lang tid, og da ligger det implisitt at man synes denne regelen har vært god. Hvis aktørene anså sedvanen å være av mindre god kvalitet, ville den ganske raskt bli byttet ut eller bli forbedret.

Oppfatningene om at det trengtes konstant praksis over tid, samt en rettsoverbevisning møtte etter hvert motbør. Særlig er det Per Augdahl som får æren av å ha tatt et oppgjør med denne læren (se Eckhoff 1971:223f). Torstein Eckhoff legger til grunn for at man inn i det 20. århundre praktiserte en lære som i sine barneår stammet fra glossatorene.<sup>35</sup> Kritikken gikk ut på at de oppstilte kriteriene ikke var noen god veiledning i å skulle anerkjenne normer som sedvane. Det var for eksempel vrient å skulle angi hvor lenge en praksis måtte ha foregått. Var det nok med 10 år? Hva med 30? Eller 100? Dessuten; hvor mange ganger skulle normen blitt benyttet for at en konstant/konsistent praksis kan sies å være oppfylt? I lang tid var man sterkt preget av oppfatningen om at de eneste rettskilder var lover og sedvaner. Derfor opererte man med disse kriteriene for hva som kunne regnes som sedvaner. Her til lands var det på den tiden Francis Hagerup, Nikolaus Gjelsvik og Oscar Platou som argumenterte mer iherdig for denne læren.

---

<sup>35</sup> Glossator betyr rettslærd som kommenterer romerretten.

Det er på denne bakgrunn jeg stiller følgende spørsmål om reelle hensyn: *er slike hensyn et fjerde kriterium (i tillegg til de tre nevnte), eller en helt annen måte å tolke normer på?* Svaret på dette avhenger av, antar jeg, om vi tenker teoretisk eller praktisk. Rent teoretisk kan vi, hvis Eckhoff tas til etterretning, snakke om en ny måte å avgjøre på. Der hvor rent stringente krav og betingelser ble satt for å avgjøre om en sedvane hadde vokst frem, vil en slik retning se på totaliteten av normen. Er den god, og vil den gagne samfunnet, ikke bare i én eller noen saker, men i de fleste saker i fremtiden? Tar den hensyn til de samfunnsmessige verdier som dagens generasjon setter pris på? Støter den ikke an mot den rådende rettsfølelse? Legger man et slikt syn på saken spiller det en underordnet rolle hvorvidt normen har blitt fulgt over lengre tid eller ikke. Dermed vil bare en viss grad av rettsoverbevisning stå tilbake av de opprinnelige kravene.

På den andre siden kan reelle hensyn rent praktisk være et fjerde kriterium. Grunnen til det er at den sentrale norske rettskildelitteraturen opererer med slike hensyn som *et tillegg* til de andre. Dette passer også inn i det Torstein Eckhoff skriver: ”men fremdeles preger den nok mange juristers tankevaner og språkbruk” (ibid). Også i den siste utgaven av hans *Rettskildelære* står dette uforandret; et klart tegn på at situasjonen fra rundt 1970 ikke er vesentlig forandret (Eckhoff 2001 ved Jan E. Helgesen:265).

Det er så langt jeg kan se ingen som har tatt til orde for at reelle hensyn alene skal spille hovedrollen når normer skal klassifiseres som sedvanerett eller ikke. Hva dette kommer av er selvfølgelig ganske uvisst, men én årsak kan nevnes. Den andre verdenskrig er på mange måter et stort tidsskille rent politisk, kulturelt og ikke minst juridisk. I de cirka 50 årene før den hadde man i Norge til enhver tid én stor ”klok juridisk ugle” som viste vei for de andre ”spirrevippene”. Aschehoug var den mest autoritative før 1900, og fikk avløsning av Bredo Morgenstierne. Frede Castberg tok over denne rollen fra rundt 1930. Etter krigen fikk vi flere små, men betydningsfulle statsrettsteoretikere, men hvor ingen enkelt person tok tømmene på samme måten. Navn her kan være Frede Castberg, Johs. Andenæs, Torstein Eckhoff og Carl August Fleischer. Mitt poeng er dermed at fortidens store teoretikere har spilt førstefiolin også

langt inn i vår egen tid. Juridisk fakultet har ikke etter krigen avlet frem en stor juridisk personlighet som har forkastet deler av den gamle læren til fordel for en ny. Kanskje fordi juristene er fornøyd med det etablerte? Kanskje fordi de ikke vil utfordre den gamle lære? Det kan som kjent føre til tap av aktelse og et liv blant den gemene hop, i stedet for hos den respekterte juridiske elite. Denne har spilt, og spiller, en stor rolle i det norske politiske liv. Dette er selvfølgelig en stjerne man ikke plukker av seg – like lite som en Frognerrestaurant frivillig gir fra seg en Michelinstjerne. Vår politiske historie viser juristene som en betydelig maktfaktor. De har derfor mye å forsvare. Å tukle med sentrale rettssetninger vil være farlig og muligens umulig – bortsett fra hvis initiativet kommer fra politikerne. Kanskje er jus *for alvorlig* til å kunne overlates fullt og helt til juristene?

Reelle hensyn som et eventuelt fjerde kriterium fikk en trangere fødsel enn de andre. Så langt ser det ut som at det rundt århundreskiftet eksisterte en oppfatning hvor det var alder og rettsoverbevisning som var de to kriteriene de lærde opererte med. Konstant praksis ligger som en skygge av alder – jeg vil si det er to sider av samme sak med nyanser. Reelle hensyn, derimot, kom senere både begrepsmessig og vektlegging – i hvert fall synlig. Vi har dermed 3+1 kriterier for hva som kan regnes som (konstitusjonelle) sedvaner. De tre første er mer solid plassert i rettstenkningen, og fikk ikke minst gjennomslag da Frede Castberg skrev sin *Statsforfatning*. De tre første krav kan etter det jeg forstår kalles objektive. Det er ikke undertegnede som skal ta æren for denne slutningen. Jørgen Albæk Jensen skriver at de objektive betingelser er at en fremgangsmåte har blitt fulgt ”almindeligt, stadig og længe (Jensen 1997:21). Dette fordi de enklere kan etterprøves for å se om vi har med en sedvane av rettslig karakter å gjøre. En konstant praksis kan enkelt la seg prøve ved simpelthen å se på historien og trekke veksler på situasjoner hvor praksisen har vært i bruk. Det samme kan sies om det langvarige kriteriet. Historien kan også her oppkaste seg til dommer og se hvorvidt vi har med en lengre tids praksis å gjøre. Det tredje kriteriet, rettsoverbevisning, går på trofastheten og pliktfølelsen til dem som praksisen omfatter. Er de involverte parter komfortable med den gjeldende praksis, og kanskje overbevist om at ”slikt har det alltid vært”, da kan man si at man har tilfredstilt dette kriteriet.



Videre; rettsoverbevisning betyr altså at aktører som omfattes anerkjenner sedvanen som rettslig forpliktende. Men selvfølgelig kan vi ikke snakke om en krystallklar oppskrift på sedvanerett ved å bare prøve eksempler opp mot disse kriteriene.

Dette poenget fremheves også av Jørgen Albæk Jensen, som mener det er vanskelig å skulle finne frem til kriterier for når konsistent praksis over tid og rettsoverbevisning er oppfylt. Alf Ross på sin side, skriver Jensen, utelater enkelt disse kriterier og snakker heller om "statsorganernes handlemåde" (ibid.). For Ross betyr dette at en enkelt handling dermed kan bli sedvanedannende. Uenigheten kan oppstå omkring langvarig praksis. Mellom 1905 og 1928 hadde vi bare ett mistillitsvotum, og det var mot regjeringen Hornsrud sistnevnte år.<sup>36</sup> Praksisen kan ikke sies å ha vært konsistent eller lang, men på den annen side gikk regjeringen av da Stortinget fattet sitt votum. Det samme gjorde Gerhardsen i 1963. Derfor kan man, dog med tynt grunnlag, snakke om sedvane. Dette mener også Castberg (Castberg 1964:208). Dessuten gir det mening å snakke om rettsoverbevisning med ansvarlighetsloven av 1932.

Det fjerde kriteriet, reelle hensyn, vil jeg kalle et subjektivt kriterium. Årsaken til det er at det er mer personlige vurderinger som her blir fremtredende. Er den aktuelle løsningen god? Vil den gagne som ledesnor ved senere avgjørelser? Allikevel; en sedvane som har blitt fulgt over en periode og som dermed har begynt å feste seg som en praksis må meget sannsynlig bli sett på som god. Aktører som med (u)jevne mellomrom kommer i kontakt med en slik sedvane vil tenkes å opponere hvis den ikke falt i god jord eller bli sett på som uhensiktsmessig. Dermed er vi inne på det tredje kriteriet igjen – nemlig "opinio juris" (rettsoverbevisning). Begge går derfor ut på det samme: anvenderens tro på sedvanen som god og riktig. Eivind Smith skriver i sin bok om Regjeringens opplysningsplikt at "[...] de sedvanerettslige normer som det er aktuelt å stille opp, [må] ha en slik kvalitet at de vil være egnet til å løse fremtidige

---

<sup>36</sup> Man kan alltid diskutere hvorvidt Ansvarlighetsloven ble basert på en skikkelig overveielse av de tre kriteriene. Hornsrud var eneste eksempel på at mistillitsvotumet ble tatt til følge og respektert etter 1905. Dermed kan det betviles om vi kan snakke om konsistent praksis, over tid. Kanskje var rettsoverbevisningen aller viktigst.

tvister [...]. I praksis vil vi altså måtte foreta en totalvurdering av de mulige rettsreglenes grunnlag og innhold” (Smith 1997:48).

I likhet med undertegnede mener også Dag Michalsen at reelle hensyn må deles i to, hvor den ene delen er betingelse eller kriterium for hva som kan regnes som sedvane rett (Michalsen 2006 [intervju]). Mitt spørsmål om reelle hensyn og overbevisning henger sammen, og delvis kan forstås i ett, støttes ikke av Michalsen. Han legger til grunn følgende eksempel: vi må snakke om forskjellige aktører. På den ene siden har vi to økonomiske aktører som driver handel på sin måte og som de begge er fornøyd med (*opinio juris*). Altså følger de en sedvanelignende norm som passer dem utmerket. Så kommer det inn en tredje aktør, domstolene, som ikke deler det samme synet, og som ved bruk av reelle hensyn tilsidesetter praksisen. Altså kommer det inn en tredjeinstans som med et fremmed blikk og gjerne med lyst av reguleringsiver foretar verdiprioriteringer, og dømmer til ulempe for de to andre aktørene. Han påpekte videre at Høyesterett har en meget konsistent praksis, og teorien om at det er friere overveielser, reelle hensyn, som spiller en stor rolle, motgås. Dommerne vil alltid se på en praksis’ lengde og grave seg tilbake i kildematerialet for å kunne danne seg en oppfatning. Flere sider av en sak undersøkes, og eldre forhold underkastes søkelyset. Han gjør et poeng ut av at hvis det ikke var for dette kunne man sluttet å prosedere. Færre advokater ville det også blitt. Det er med andre ord flere forhold enn bare friere overveielser som gjør seg gjeldende i saker også i dag.

#### **4.4 Sammenfatning.**

I dette kapittelet har jeg sett nærmere på reelle hensyn som et ledd i stadfestelsen av rettssedvaner. Jeg redegjorde til å begynne med for de konstitusjonelle sedvaners historie. Fra før opererte man med de tre kriteriene konsistent praksis, over tid og rettsoverbevisning. Etter hvert gjorde det seg gjeldende et annet krav som angikk kvaliteten av en aktuell sedvane. Mitt spørsmål var dermed om dette var et like fremtredende kriterium som de andre, eller om det bare var et supplerende element i bedømmelsen. Svaret mitt blir at de tre opprinnelige kriteriene fremdeles har sin plass hos rettsanvenderne, og at reelle hensyn kommer inn ved en sluttoverveielse – altså om

det totale blir godt. Dette vil dermed si at de tre kriteriene legges til bunn for vurderingene, men at reelle hensyn opptrer ved en sluttsaldering, og spiller en avgjørende rolle når de andre grunnleggende kriteriene tyder på en løsning som forekommer dommeren som lite tilfredsstillende.

Til slutt vil jeg se noe nærmere på om den konstitusjonelle sedvaneretten er en nødvendig konstruksjon. Ernst Andersen skriver:

Sædvaneretsdoktrinen [har] efterhaanden faaet en [...] Placering og en lignende – ukendt – Funktion som Blindtarmen. Man skal fra Fødselen have en Blindtarm. Mennesket er ikke komplet uden Blindtarm. Større Glæde har man imidlertid ikke af dette Organ, som uden Skade kan fjernes. Lejlighedsvis kan dette tilsynelatende uskyldige Appendix være Aarsag til svære Lidelser. Saa og den romersk-kanoniske Sædvaneretsdoktrin (Andersen 1947:102-103).

Andersen avviser mer eller mindre sedvaneretten, og mener normer som mennesker følger kommer av overbevisning om at det de gjør er riktig og fornuftig, mens han forkaster alle ideer om kriterier som bør være oppfylt. Mine samtaler med de innsiktsfulle juristene avdekket grovt sett to posisjoner, nemlig de som er for og imot. Interessant nok er det de samme som mener reelle hensyn i all vesentlighet kom med Torstein Eckhoff, som også er mest negative til konstitusjonell sedvanerett.

Eivind Smith vil mer eller mindre konstitusjonell sedvanerett til livs. Slik Smith ser det er konstitusjonell sedvanerett en tvilsom konstruksjon. Som han sa: "Det er ikke vår oppgave å lage rettsregler, men politikernes". Videre mener han dette fritar Stortinget for en del av lovgivningsansvaret, og at de folkevalgte i stedet må gi utfyllende regler (Smith 2005 [intervju]). Hans innvendinger mot en slik sedvanerett kan deles i tre punkter:

- Kan vi snakke om rettsregler? En praksis/sedvane er nyttig så lenge den blir fulgt. Blir den brutt, er det ikke påstander om "sedvanerett" som vil være det viktigste

for å vite hvordan det går, men utfallet av den politiske strid som bruddet etter all sannsynlighet inngår i.

- Hvis det er en rettsregel, så kan det være på lovsnivå. Muligheten av dette er helt klart til stede, men bare forutsatt at "autoritativ" praksis, slik vi f.eks. finner det i rettspraksis omkring domstolskontrollen med lover. Eksempler på det har vi fra Høyesterettsassessor Lasson i 1866 og i konsesjonsdommen i 1918 hvor Høyesterett tilkjennega at de hadde en lovprøvingsrett. Langt vanskeligere blir det på området for "parlamentarisk praksis": Er uttalelser/meninger nok? Hvor mange vedtak om mistillit er egentlig truffet? Osv.
- Det finnes ingen gode begrunnelser for at slike rettsregler er konstitusjonelle på grunnlovsnivå. Dessuten står det i strid med Grunnlovens ord.

Videre mener Smith at § 12 kan være i strid med parlamentarismen (Kongen velger selv sitt råd). Uansett ser han ikke dette som et stort problem. Den norske regjeringen var stort sett gjennom hele embetsmannsperioden selvsupplerende. Kongen strødde sand på utnevningene. Oppsummeringsvis mener Smith at dagens sedvanerettsregler godt kan ligge på lovs nivå.

Erik Boe mener konstitusjonell sedvanerett dessverre er en dyd av nødvendighet, som vi er nødt til å ha med dagens gamle Grunnlov (Boe 2006 [intervju]). Derfor må vi ha en ny Grunnlov, som kunne erstattet dagens behov for en slik sedvanerett. Videre mener han noen av reglene er utvetydige, blant annet når en Regjering skal gå av. Boe støtter her Per Ståvang, som mener Regjeringen har rettsplikt til å søke avskjed ved et nederlag over kabinettspørsmål. Men slik situasjonen er i dag, så er statspraksisen viktig med å fylle tomme rom hvor Grunnloven ikke sier noe.

Fredrik Sejersted mener det er nødvendig og nyttig med konstitusjonell sedvanerett all den tid vi har en gammel Grunnlov. Eventuelt må Grunnloven revideres for å erstatte en slik sedvanerett (Sejersted 2006 [intervju]).

Carl August Fleischer er personlig skeptisk, men mener politikerne og Stortinget bør ha stor frihet (Fleischer 2006 [intervju]). I den anledning synes han det er bra at dagens konstitusjonelle sedvaner er tøyelige.

Hans Petter Graver skriver at konstitusjonell sedvanerett kan kalles praksisbaserte normer. Videre skriver han:

Konstitusjonell sedvanerett har [...] [et problem] knyttet til å skille mellom den sedvane som er ”konstitusjonell”, dvs. ikke kan endres av Stortinget ved lovvedtak, og den som bare er ”sedvane”, dvs. gjeldende rett men med samme status som lovgivning. Jeg har alltid synes at sedvaneretsbegrepet er meget ullent når det er knyttet til statsorganenes kompetanse og praksis. Jeg tror ikke det kan gjøres mindre ullent ved å justere på de fire kriterier du nevner (Graver 2006 [personlig korrespondanse]).

Videre var spørsmålet hva som ville skje hvis en slik sedvanerett ble borte: ”Godt spørsmål – jeg tror ikke det ville gjøre stor forskjell (ibid.). Avslutningsvis kom han med et forslag til erstatninger:

De øverste statsorganers praksis og oppfatning om konstitusjonelle spørsmål. Hensynet til at det skal gode grunner til for å endre en innarbeidet praksis, men åpenhet for at det kan skje endringer over tid. Skreven rettighetskatalog for å beskytte borgerne (ibid.).

## 5.0 AVSLUTTENDE KOMMENTARER.

### 5.1 Et normativt forsvar.

Det blir med ujevne mellomrom reist kritikk av de reelle hensyn som en kvasilignende rettskildefaktor rettsanvenderen griper til når mer autoritative kilder ikke gir noe klart svar eller kanskje er moden for revidering – uten at lovgiver har tatt seg bryet med det. Jeg vil her slå tilbake mot dem som måtte fantasere om at reelle hensyn en dag bare forsvinner. Etter min mening har slike friere overveielser noe for seg, og i hvert fall siden det verken er mulig eller ønskelig med et fullstendig rigid lovverk som skal fange opp alle eventualiteter. Dette er heller ikke mulig, siden samfunnet og forholdet mellom menneskene ikke er statisk, men endrer seg i takt med hverandre. Dette gjør at normer og holdninger endres fortløpende sammen med blant annet den teknologiske utvikling. Industrialiseringen og moderniseringen av Norge resulterte i nye former for samkvem, som igjen betydde endrete oppfatninger på det normative plan. Jeg vil først i denne delen ta til motmæle ovenfor Rune Slagstad og Morten Kinander, som begge opponerer mot bruken av termen ”reelle hensyn”. Rune Slagstad er en kritiker av begrepet reelle hensyn, som vi så han kalte en bastard.

Den realistiske juss har gjerne sett hen til andre samfunnsvitenskaper som mer avanserte – først psykologi og sosiologi, og senere sosialøkonomi. Men juristene er ikke empirikere eller statistikere – de er *normikere*. Jussen bør trekke seg tilbake til sitt egentlige felt: det normerte samfunn (Slagstad 1987:402).

Slik Slagstad ser det, åpner bruken av reelle hensyn for at juristene ikke trengs til å foreta forskjellige vurderinger – for eksempel avveininger av de empiriske hensyn. Dette går på de rådende samfunnsforhold og endringer som kan tenkes, og etter hans mening vil samfunnsviterne muligens være de som dermed har best oversikt over problematikken og brukes som spåmenn. Men samtidig peker han på at også gruppen av samfunnsvitere mer og mer gir opp tankene om en mer planmessig styring av samfunnet (ibid.). Med tanke på sitatet ovenfor mener jeg Slagstad tar feil. Det å skulle lukke disiplinene, slik jeg tolker ham, inne i svært trange båser med vanntette skott vil

ikke føre noe som helst positivt med seg. Vi får hele tiden impulser fra hverandre, enten vi vil eller ikke. Før i tiden kunne man nok isolere seg mer med tanke på manglende utdanning og kommunikasjoner over det ganske land. Men i 2006 er det snarere å forvente at man lærer av hverandre. At juristene pusler med det normerte samfunnet, er intet påskudd for å hevde at for eksempel samfunnsvitenskapene ikke har noe å tilføre de rettslærde. Snarere er det vel slik at siden normene kanskje mer nå enn tidligere hurtigere skifter innhold og mening i samfunnet, så har samfunnsviterne sitt å bidra med til å forklare sosiale prosesser og hvordan tingene henger i hop. Denne oppgaven omhandler også forholdet mellom Stortinget og Høyesterett, og følgelig befinner jeg meg da i krysningen mellom jus og politikk. I og med at de lange linjer og historiske eksempler er brukt i denne oppgaven, har jeg også fått drahjelp av fagdisiplinen historie. Jeg er overbevist om at disiplinene seg imellom kan lære bort meget av det man sitter inne med til de andre. Her, for eksempel, får jeg hjelp av juristene til å forstå normer som ofte gjør seg gjeldende, og i fortsettelsen av det hvordan Høyesterett vurderer disse i rettsanvendelsen når paragrafer spriker i alle retninger, eller den positive retten er stum som en østers. Til gjengjeld kan jeg som statsviter skape en større forståelse for de mer politiske sidene. Sagt med litt andre ord; juristene kan sette oss inn i spillereglene mellom statsmaktene, mens vi kan sette fokus på makt og motiv. Dette har etter mitt skjønn bare positive virkninger. De rettslærde kan dermed få løftet blikket, og se at det også er andre ting enn bare rigide paragraftolkninger som gjør seg gjeldende. Vi statsvitere kan i retur lære mer om de normstyrte aktørene og ikke se oss blinde på at for eksempel alle politikere trekkes av et begjær etter makt, og dermed alltid må se etter motiver som setter aktørene i et dårligere lys enn de fortjener.<sup>37</sup>

Samspill mellom aktører fra forskjellige fag kan altså etter min mening være nyttig. Det samme mener Øyvind Østerud, som etter å ha forsvart Maktutredningens konklusjoner mot en debattbok fra juristhold, konkluderer med at bidrag derfra

---

<sup>37</sup> Når det er sagt, var Jens Arup Seip definitivt inne på noe meget viktig i sin streben etter å "kle av" aktørene. Politikk er det muliges kunst. Ergo noe du går inn i for å påvirke utviklingen. Jeg velger å tro at de aller fleste politikere, uansett hvilket nivå de befinner seg på, har noen mål de vil ha gjennomført, og ikke til å treffe andre for sosialt samvær og kaffeslabras.

[...] viser at diskusjoner mellom statsvitere og jurister kan være spennende og fruktbart for begge sider. Det har også vært min erfaring i en rekke diskusjonsmøter i juridiske miljøer – universitetsinstitutter, profesjonsforeninger, forvaltningsorganer og advokatfirmaer – etter at Maktutredningens konklusjoner forelå (Østerud 2006:116).

Morten Kinander mener som vi allerede har sett at reelle hensyn med stor fordel kunne byttes ut med ”jeg mener” når rettsanvenderen argumenterer ut fra mer subjektive verdivurderinger. Reelle hensyn kan, etter hans mening, oppfattes som en ”fasadelegitimering”, og dette er unødvendig. Dermed gjør han seg til talsmann for å helle begrepet ut med badevannet. Dette er også selvfølgelig helt feil angrepsmåte.

Det er naivt å skulle tro at et begrep kan forsvinne over natten, særlig når det allerede er så ”godt innarbeidet”. Ikke bare gjelder dette hos forfatterne av rettskildelitteratur, men også hos dommerstanden som tross alt er de mest autoritative av juristene. Det er greit nok å gjøre seg til motstander av et begrep, men det gjelder å velge sine kriger med omhu. Med den dypeste respekt for Kinander vil jeg hevde at han i denne begrepskrigen er tilnærmet ubevæpnet.

Ingen kan vel forestille seg at det mest radikale medlem av Natur og Ungdom kunne finne på å forkaste og dermed glemme ordet ”bil” bare fordi dette for vedkommende fremstår som et uønsket objekt? På samme måte er det umulig å tenke seg at det noen gang vil gå en kommunistens vei, og forhindre at ordet ”børs” kommer inn i et leksikon eller ordbok. Derfor er det vanskelig å skulle anta at lovanvenderne går bort fra å henvise til de reelle hensyn, bare fordi forfattere av rettslitteratur skulle finne på å ville gå bort fra det, slik tilfellet er med Kinander. Og la meg i den forbindelse få minne om at Høyesterett selv begynte å bruke begrepet ”reelle hensyn” i sine domspremisser *før* det gled inn i rettskildelitteraturen.<sup>38</sup> Dermed kan det se ut som at Høyesterett opererer uavhengig av hva andre jurister måtte mene og skrive. Dette viser også at Norges

---

<sup>38</sup> Selv om Francis Hagerup brukte det i en bok om panteretten fra 1915, fremstår denne etter mitt skjønn som mindre sentral enn rettskildelitteratur, som tradisjonelt har fremstått som meget autoritativ.



Høyesterett er mer progressive enn sine kollegaer i andre land. Hos oss har underrettspraksisen vist seg å være noe konservativ, mens Høyesterett har vist seg som de liberale og som først har tatt signalene fra lovgiver på alvor først. Dette skiller seg fra en del andre land, hvor den øverste domsmakten tradisjonelt har vært konservativ og en rigid grunnlovsvokter. Dermed er mitt poeng at forfattere av juridiske artikler og bøker langt på vei kan skrive så mye de vil, men Høyesterett vil til syvende og sist være den instansen som avgjør hva de selv vil gjøre. Dette føyer seg også inn i det som Erling Sandmo skriver om Høyesteretts historie. Høyesterett har aldri tatt feil, men dette henger selvfølgelig sammen med at som landets øverste domstol har det kunnet definere hva som har vært rett og galt til enhver tid (Sandmo 2005:514). Etter min mening kan lærebokforfattere dermed skrive og ønske seg det de vil; deres meninger vil alltid bli av subsidiær mening. De fungerer som ”back-benchers”; skriker og skråler til makten, men det er makten selv som avgjør om de skal tas hensyn til.

Som det sikkert går frem av den forgående diskusjonen, så er undertegnede positiv til de reelle hensyn som en rettskildefaktor. Det kan selvfølgelig komme av at man ser seg selv som en pragmatiker som ikke liker kvelende teorier og bastante tolkninger. Siden de tradisjonelle rettskildefaktorene, lov og sedvane, i svært mange tilfeller ikke kan fortelle om en mer konkret fremgangsmåte for å løse en tvist på, så må lovanvenderne ha mulighet til å kunne ta i betraktning rimelighets- og nyttehensyn, og på denne bakgrunn kunne foreta det jeg har kalt friere overveielser. Man må gjerne kalle dette frirettslig tolkning, men jeg aksepterer ikke at det uttales med negativ valør. At samfunnshensyn legges til grunn kan etter mitt skjønn ikke være galt når man samtidig passer på at individuelle rettigheter og det man kan kalle velferd ikke settes under unødvendig press. At dommeren anvender mer subjektive vurderinger skremmer sikkert mange, men saker hvor dette har fått meget uheldige konsekvenser tror jeg er heller beskjedent – om noen.

Det er derfor jeg vil anlegge et litt annet syn på reelle hensyn. La oss beholde termen, men legge et litt annet innhold i det. Selv om dette fremdeles blir en sekk med mer subjektive vurderinger når de tradisjonelle kildene ikke kan brukes, kan man fylle på

med noen generelle retningslinjer som etter mitt syn kan dempe den verste kritikken. Jeg foreslår at *rettsfølelsen, det norske folks rettsfølelse*, skal være utgangspunktet i saker hvor ingen enkel løsning synes å være tilfelle. Med dette menes at lovanvenderen i sitt stille sinn overveier hva han eller hun tror er den til enhver tid rådende rettsfølelse og –overbevisning i folket. Dette betyr at dommeren så langt som overhodet mulig skal prøve å få en løsning til å fremstå som fornuftig. Noen kan innvende at folkets meninger og følelser skal oppsummeres i Stortinget ved valg hvert fjerde år. Dette er en plausibel tanke, og i takt med folkesuverenitetsprinsippet. Hele ideen er at folkets vilje skal oppsummeres i de 169 deputerte. Som kjent er dette en sannhet med modifikasjoner. Det er en kjensgjerning at Stortinget fylles med mennesker fra særlig offentlig sektor, og at for eksempel lærere utgjør en stor del, mens folk med næringslivsbakgrunn og ansatte i privat sektor ikke i like stor grad gjenspeiles på ”tinget”.<sup>39</sup> Dermed får man etter min mening ikke et samsvar med rettsfølelsen som ligger i den positive retten, og den faktiske følelsen hos det brede lag av folket. Og det er nettopp i dette misforholdet rettsanvenderen må rette sitt eget fokus når tingene er uklare. Har lovgiver vært meget klar i en sak, må dette selvfølgelig følges. Men i saker som kan få forskjellige løsninger må dommeren sette seg inn i og forestille seg hva *folket* mener er det riktige. Og her vil nok det som gagnar samfunnet, være det som flertallet til enhver tid mener er det riktige. Mange kan komme til å si at dette dermed får et lettere populistisk preg, hvor kappen snus etter vinden. Jeg tror ikke det medfører riktighet, fordi vi må skille mellom rettsfølelsen, som er en mer stabil og konstant følelse, og de mer tidsavhengige stemningsbølgene som varierer fra dag til dag.

Velger man å opprettholde det populistiske argumentet, så vil det allikevel være en forhastet konklusjon. Setter vi dette inn i en utbredt teori om statsmaktene som tjenere for folket, skjønner vi det bedre. De styrende ses på som agenter, og folket som prinsipaler – altså sjefer (Rasch 2000:67ff). Agentene skal på vegne av prinsipalene styre landet på hensiktsmessig og god måte, og beskytte sentrale samfunnsverdier. Når

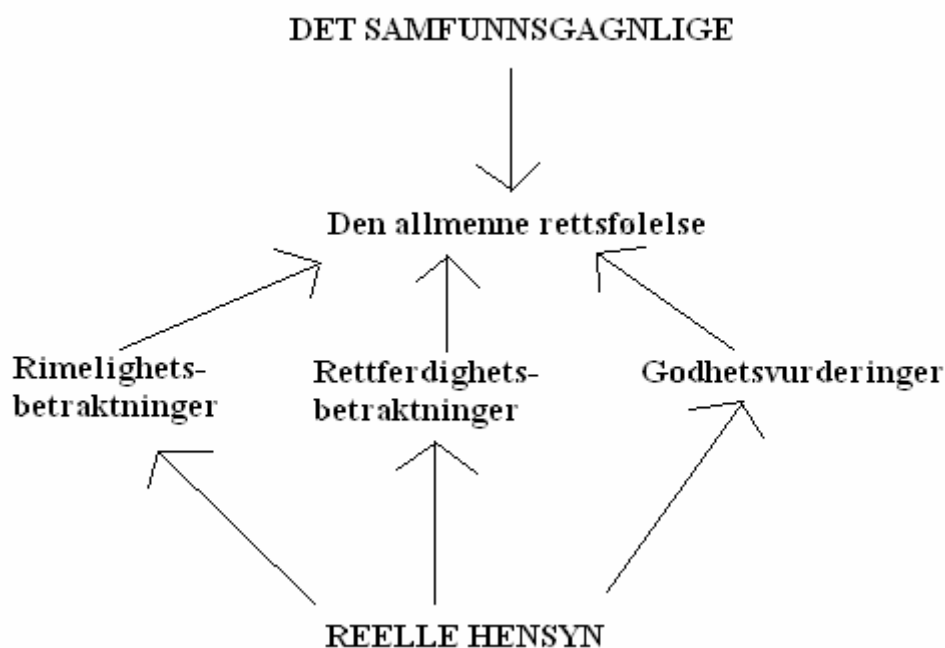
---

<sup>39</sup> En pionørstudie er Hellevik, Ottar (1969): *Stortinget – en sosial elite? En undersøkelse av sammenhengen mellom sosial bakgrunn og politisk karriere*. Oslo: Pax.

Høyesterett gjør dette, oppfyller de bare kravene fra prinsipalene (oss, d.v.s. folket) der hvor Stortinget unnlater å fylle lovverket eller forandre den stående retten, og få den i samsvar med rettsfølelsen. Legger man dette synet til grunn, noe jeg mener har meget for seg, vil man slå to fluer i en smekk. For det første beholder lovanvenderen fokuset på det samfunnsgagnlige, og kan på den måten være med og sikre de interesser og verdier som flertallet mener er viktige å hegne om. For det andre kan man vingestekke kritikken om at bruken av de reelle hensyn innebærer en altfor meget subjektiv karakter. Ved å koble disse hensyn til den allmenne rettsfølelsen tones subjektiviteten og vilkårligheten ned. Høyesterett får altså en mer klar målestokk å gå etter, samtidig som de friere overveielsene er der. Et annet poeng, som enkelte kan finne kuriøst, er det faktum at Høyesterett aldri kan ta feil. Kritikerne av min alternative modell må derfor opphøye seg selv til nærmest grunnlovgivende forsamlinger for på den måten å ytre sin kritikk. Jeg tror ikke det finnes en jurist i dag som uten videre kler den rollen.

Spørsmålet er videre hvordan man skal kunne måle og oppfatte rettsfølelsen. Det er uten videre klart at det muligens er lettere sagt enn gjort. Men et sted kan man jo begynne. I for eksempel straffesaker vet vi at lovgiver rent generelt legger seg lavere enn hva folket ønsker når maksimumsstraffene skal utformes og vedtas. Dommeren kan i slike saker ta utgangspunkt i det maksimale og argumentere for strengere straffer. Jeg kan meget lett se at dette reiser massiv kritikk, idet grl. § 96 setter stengsel for at en person ikke kan straffes uten lov eller dom. Snarere er poenget mitt at det som de deputerte til enhver tid mener, ligger tilbake for det folket ønsker. En lovanvender må derfor i uklare situasjoner se på de folkevalgte som en gjeng med svært moderate meninger, som ikke er like sammenfallende med det folket, prinsipalene, ønsker.

Langt på vei utraderer min skisse til alternativ modell av reelle hensyn den tredelingen som Rune Slagstad foretok, nemlig i ideelle, nytte og empiriske hensyn. Med min modell vil reelle hensyn svare til en fortolkning av den allmenne rettsfølelsen. Ergo blir det her overflødig å skulle dele opp i forskjellige bestanddeler. Rettferdighets-, rimelighets-, samfunnsmessige- og sosiale elementer vil nettopp være bakt inn i denne følelsen. En mulig skisse av sammenhengene presenteres nedenfor.



Figur 5.1. En alternativ forståelse av reelle hensyn.

Forklaring til min alternative forståelse: Det beste i en uklar rettssituasjon er etter mitt syn det samfunnsgagnlige. Dette peker på at vi må ta den allmenne rettsfølelse i betraktning, og denne er bygd opp av de forskjellige rimelighets- og godhetsvurderingene som reelle hensyn ”produserer”.<sup>40</sup>

Jeg kan derfor ikke innvilge Morten Kinanders ønske om å plassere reelle hensyn på historiens gravplass. Dette er for meg like fjernt som India var for Columbus. Ikke kom han dit heller.

## 5.2 Oppsummering og konklusjoner.

Det viser seg meget vanskelig å skulle gi en stor, overgripende konklusjon for hele oppgaven. Dette fordi reelle hensyn har to bruksmåter. Den ene er ved friere overveielser hos lovanvenderen, mens klassifisering av normer som sedvaner utgjør den andre biten. Disse to måtene er vesensforskjellig ved at førstnevnte måte peker på

<sup>40</sup> Det er klart at min alternative forståelse av reelle hensyn også er heftet med svakheter, og det skal jeg være den første til å innrømme. Men en alternativ modell er et fremskritt. Det å diskutere akademiske arbeider handler nettopp om å komme med innspill fra litt andre synsvinkler. På den måten oppnår vi en konstruktiv prosess som kan lede oss videre i spørsmålet om blant annet reelle hensyn.

den praktiske utøvelsen av reelle hensyn, mens det blir mer teoretisk tenkning rundt reelle hensyn som et element ved fastsettelsen av sedvaner. Jeg vil derfor avslutte med å kommentere og konkludere ved hjelp av mine teser.

*Vurderinger vedrørende det samfunnsgagnlige har alltid gjort seg gjeldende, men hvor praksisen (selvfølgelig) kom før begrepet. Det implisitte ble etter hvert gjort mer eksplisitt. Forholdets/sakens natur stammer fra naturrettens mer abstrakte begreper, og ble særlig etter siste krig avmystifisert, tillagt et innhold som pekte mot aktørers egne, subjektive vurderinger.*

Min oppgave har vært et forsøk på å se nærmere på begrepet reelle hensyn i rettsteorien og i rettsanvendelsen. I den forbindelse var det til å begynne med nødvendig med en nærmere gjennomgang av den viktigste norske rettskildelitteraturen på området. Jeg prøvde å inkludere både litt eldre og yngre krefter i kapittel to. Blant de førstnevnte ble konsentrasjonen rundt Carl August Fleischer og Torstein Eckhoff til del. Fleischer tok på mange måter æren av å ha innført begrepet reelle (reale) hensyn til Norge, og mente kretsen rundt og fra Eckhoff tilla sistnevnte altfor stor ære. Eckhoff skrev inn reelle hensyn som en av rettskildene som en rettsanvender kan benytte. De noe yngre kreftene jeg trakk veksler på, var blant annet Sverre Blandhol og Morten Kinander. Hvor den første var mer positiv til reelle hensyn, inntok sistnevnte en mer kjølig holdning, og ville endog forkaste begrepet.

Tesen må også ses i sammenheng med kapittel tre, hvor de lange linjer ble trukket. Vurderinger og overveielser rundt samfunnet, samfunnets vel, har funnet sted lenge, men hvor mitt poeng har vært at et begrep ikke eksisterer forut for sitt innhold. En praksis vil først etter en stund avle frem et begrep, som dermed blir "navnet" på fremgangsmåten. Her hvor reelle hensyn har vært undersøkelsesobjektet, vises dette tydelig gjennom mine eksempler. Schweigaard argumenterte ut fra samfunnsmessige konsekvenser, og dermed farlig nær det jeg definerer reelle hensyn som. Også konsesjonssaken og fullmaktslovgivningen viser at samfunnets vel, og ikke individuelle rettigheter, i større grad vant frem hos lovanvenderne.

Et viktig skille, som ble brukt gjennom hele oppgaven, var den brede og snevre betydningen av reelle hensyn. Den brede pekte utover den positiverte retten. Mange ganger står dommeren ovenfor situasjoner hvor den skrevne retten eller sedvanen intet svar gir. Man er dermed overgitt til mer eller mindre subjektive overveielser om hva de riktige konsekvensene kan tenkes å være. Det var dette Morten Kinander gikk imot, og påstod heller at reelle hensyn kunne byttes ut med ”jeg mener...”. Undertegnede gikk i rette med Kinander, og hevdet at det var en naiv drøm å skulle tro at et begrep bare kan forsvinne som dugg for solen. I overensstemmelse med Ottar Dahls analytisk-konstruktive metode, kom jeg med en alternativ forståelse. Denne griper fatt i den faktiske situasjonen, og prøver ikke å knipse bort noe som har kommet en gang for alle. Min vei er selvsagt å beholde et godt innarbeidet term, men hvor innholdet endres noe. For å tone ned subjektiviteten som åpenbart er tilstede i vurderinger av reelle hensyn, kunne rettsanvenderen i stedet knytte de friere overveielsene opp mot den alminnelige rettsfølelsen. Dette er en mer stabil holdning blant folket, og kan ikke sammenlignes med de flyktige følelsene som kommer til overflaten ved ujevne mellomrom når krenkende enkeltepisoder oppstår. Dermed har jeg selv rent deskriptivt beskrevet praksis, og kommet opp med en modell som jeg overlater til andre å kritisere. Dette skulle jeg tro var i rette ånd etter Dahl.

Det ble også foretatt en oppvask over når og hvem som innførte begrepet reelle hensyn til Norge. Jeg kunne lett avvise at Torstein Eckhoff var foregangsmannen her. Han kan gis æren av å ha gitt det en fremtredende plass i rettskildelitteraturen, men ikke for å ha innført det. Reale hensyn ble, etter det jeg har funnet ut, skrevet første gang av Francis Hagerup. Dette var ikke i rettskildelitteraturen, men en bok om panteretten. Dette er uansett av mindre betydning. Dermed kan heller ikke C. A. Fleischer gis medhold i at han var første mann ut med begrepet i Norge. Og i hvert fall blir Erik Boes oppfatninger om den muntlige og skriftlige bruken meget underlig etter dette. En annen viktig ting er også at Høyesterett brukte ordet i domspremisser allerede på 1940-tallet. Dermed var det domstolen selv, og ikke teoretikere, som tok i bruk begrepet først. Dette er et viktig poeng, fordi en av de kildene som lovanvendere benytter i sine

domspremisser er nettopp lære- og innføringsbøker. Men i tilfelle reelle hensyn, ser det ut til at dommerne kom tidlig på banen.

*”Reelle hensyn” har vist seg særlig avgjørende ved reguleringsvennlige regimer.*

Denne tesen er etter min oppfatning veldig spennende. Tesen gjemmer to momenter, nemlig reguleringsvennlighet og et sterkt regime. Både venstrestaten under Gunnar Knudsen og Arbeiderpartistaten etter siste krig, ble sterke tilhengere av offentlige inngrep som hver for seg ble omstridt. Konsesjonslovene fordi det grep rett inn i synet på eiendomsretten, som fra før ble ansett som bortimot ukrenkelig. Opposisjonen mot Arbeiderpartiet og fullmaktslovgivningen innvendte at slike lover var uheldig, og at administrasjonen ikke kunne få delegert lovgivningsmyndighet. Begge regimer seiret (selv om Arbeiderpartiet besinnet seg), fordi de kunne mønstre et flertall for sin politikk. Stilt opp mot dette, ble Høyesterett nærmest stilt sjakk matt, og fulgte lydigg opp med sanksjon av vedtakene. Det går derfor en ubrutt linje fra Anton Martin Schweigaard, via konsesjonssaken, og fullmaktslovgivningen etter 1945 hva lovskapningstanken i samfunnsgagnlig, reformativ øyemed angår. Schweigaard ville tøyde den frie, liberalistiske staten med restriksjoner – til samfunnets vel. Han kom ikke langt. Lengre kom Venstre etter unionsoppløsningen.

Jeg har prøvd å vise at dette skjønnnet, som kalles reelle hensyn, ble aksentuert av et nytt syn på eiendomsretten. Dette nye synet betydde at den liberalistiske stats juvel ble satt under press, og at staten på en langt mer offensiv måte kunne ta større kontroll over privat eiendom. Vi kan således snakke om en kausalkjede av begivenheter som frembrakte praksisen med å benytte slike hensyn. Den første betingelsen var et sterkt politisk regime som eksplisitt satte opp klare mål for samfunnsutviklingen. Virkemiddelet ble en modifisert eiendomsrett, og dette synet fikk en så sterk oppslutning blant de folkevalgte, at Høyesterett i 1918, som da var delvis fylt med personer fra Venstre-kretsen, ga det hele en rettslig autorisasjon. En sterk regjering og et nytt eiendomssyn, førstnevnte en nødvendig forutsetning for den andre, var helt

avgjørende for reelle hensyn når vi definerer det som overveielser for samfunnets vel. Som vist i oppgaven skjedde endringene i første omgang i tidsrommet 1909-1918.

*Reelle hensyn har blitt et supplerende element ved bestemmelsen av hvorvidt en norm er blitt sedvane, og hvor de andre kriteriene ligger fast.*

Jeg startet kapittel fire med en gjennomgang av den konstitusjonelle sedvaneretten, for å vise hvordan den kom til Norge, og hvordan den viktigste bestanddelen – parlamentarismen - til å begynne med fikk noe dårlige kår. Det er etter mitt skjønn nødvendig å besitte nok bakgrunnskunnskap når diskusjonen om reelle hensyn som et kriterium eller element begynte. Jeg skilte her mellom en teoretisk og en praktisk side. Rent teoretisk kan det snakkes om en helt ny måte å tolke normer som en eventuell sedvane, hvor kun det kvalitetsmessige overveies. Det er dette som kalles å ta i betraktning reelle hensyn. Den praktiske bruken avdekker nok allikevel, som også eksperter innenfor jussen bekrefter, at de tre kriteriene (fast praksis, over tid og med rettsoverbevisning) fremdeles står sterkt. Dermed blir reelle hensyn bare et supplerende element, som etter mitt skjønn kommer inn på slutten ved en totalbedømmelse av den eventuelle sedvanen. Hvis de tre andre kriteriene viser seg å frembringe et uønsket resultatsett fra rettsanvenderens side, vil reelle hensyn kunne bli brukt som argument for å modifisere normen. Ekstreme utslag forøkes så langt som mulig å unngås. Det er derfor jeg har kalt bruken av reelle hensyn som en sluttsaldering ved vurderingene av normene.

### **5.3 Veien videre.**

Det har ligget utenfor denne oppgaven å se nærmere på prøvingsretten. Men en ny tese har vekket min interesse: Høyesterett benytter prøvingsretten mer aktivt ved svake og ustabile regjeringer. Min oppfatning er at reelle hensyn og lovprøvingsretten må ses i sammenheng når forholdet mellom lovgiver og den dømmende makt skal forstås. Reelle hensyn benyttes for å komme lovgiverne i møte, mens prøvingsretten tys til når dommerne strutter av selvtillitt, og gjerne vil gi de deputerte et spark bak – i trygg forvisning om at det ikke vil komme reaksjoner tilbake, på grunn av ustabil politisk



situasjon. Derfor tyder en del på at de som vil se på forholdet mellom våre statsmakter, bør se videre på prøvingsrettens historie i lys av regjeringsplattformene. De reelle hensyn diskuteres jo her, så det får man gratis. Dessuten har forskjellige forfattere sett nærmere på når prøvingsretten ble benyttet. Videre må en slik oppgave se grundigere på Høyesteretts personhistorie, for å kunne sjalte ut spesielle konservative og liberal-radikale fraksjoner.

Den første ansats om at det er noe i denne tesen, får vi i 1976. Året før skrev Torstein Eckhoff: ”At domstolene fremdeles har myndighet til å sette til side lover som de anser for grunnlovsstridige, er helt på det rene. Men jeg tviler på om denne myndighet noen gang mer vil bli brukt i nevneverdig utstrekning” (Eckhoff 1975:202). Året etter kom Kløftadommen, som gjaldt ekspropriasjon, og hvor staten ble dømt. Høyesterett benyttet derfor, i tråd med mine antakelser, prøvingsretten, da landet ikke ble styrt av et sterkt regime. Dommerne brukte ikke reelle hensyn for å tøy og bøye lovverket til statens fordel. Men de hadde valget. Det kan derfor synes som at løvene foran Stortinget er ekstra skremmende når Regjeringen har sin basis i et sterkt regime.

Det er begrenset hva en masteroppgave kan inneholde. En avhandling av et større omfang kan derfor ta for seg flere aspekter i forholdet mellom Stortinget og Høyesterett, og bygge videre på hva jeg her har skrevet om reelle hensyn. Det hadde vært særdeles interessant med en inngående studie av norske høyesterettsdommere og deres bakgrunn. Dette, sammen med en studie over maktkoalisjonene på Stortinget, kunne belyst forholdet mellom statsmaktene, og dermed vist om mine teser om Høyesteretts rettsanvendelse kunne verifiseres eller ikke. Uansett er det på det rene at forholdet jus og politikk, representert ved Høyesterett og Stortinget, har vært et forsømt område for statsvitenskapen. Det er derfor på tide å utvide interessefeltet til også å angå disse relasjonene.

## 5.0 REFERANSER.

Andenæs, Johs. (1998) *Statsforfatningen i Norge*, 8. utgave. Oslo: Tano Aschehoug.

Andenæs, Johs. (2001) *Statsforfatningen i Norge*, 9. utgave. Oslo: Tano Aschehoug.

Andenæs, Mads Tønnesson (2001) *Grunnloven vår*. Oslo: Universitetsforlaget.

Andersen, Ernst (1947) *Forfatning og sædvane*. København: G. E. C. Gads Forlag.

Augdahl, Per (1949) *Rettskilder*. Oslo: I kommisjon hos universitetets studentkontor.

Berlin, Knud (1916) *Den danske statsforfatningsrett*. Første del. København: G. E. C. GAD.

Blandhol, Sverre (2004) ”Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse”, i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 365-391.

Blandhol, Sverre (2005a) *Nordisk rettspragmatisme*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Blandhol, Sverre (2005b) ”Pragmatisme og rettslig globalisering”, s. 231-248 i Morten Kinander (red.): *Makt og rett. Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*. Oslo: Universitetsforlaget.

Boe, Erik (2006) *Intervju med forf.* 7. februar.

Borgen, Per Otto (1999) *Norges statsministre*. Oslo: Aschehoug.

Castberg, Frede (1918) ”Nogen Ord om Magtfordelingsprincippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsrett”, i *Tidsskrift for Retsvidenskab*: 243-296.

Castberg, Frede (1935) *Norges statsforfatning I*. Oslo: O. Christiansens Boktrykkeri.

Castberg, Frede (1947) *Norges statsforfatning I*. Oslo: Arbeidernes Aktietrykkeri.

Castberg, Frede (1964) *Norges statsforfatning I*. Oslo: Universitetsforlaget.

Castberg, Frede (1971) *Minner om politikk og vitenskap fra årene 1900-1970*. Oslo: Universitetsforlaget.

Christensen, Jens Petter (1990) *Forfatningsretten og det levende liv*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Dahl, Ottar (1970) *Om årsaksproblemer i historisk forskning. Forsøk på en vitenskapsteoretisk analyse*. Oslo: Universitetsforlaget.

Eckhoff, Torstein (1971) *Rettskildelære*. Oslo: Johan Grundt Tanum Forlag.

Eckhoff, Torstein (1975) "Høyesterett som grunnlovens vokter", s. 182-207 i Ottar Dahl (red.): *Makt og Motiv. Et festskrift til Jens Arup Seip*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag.

Eckhoff, Torstein (2001) *Rettskildelære*. Oslo: Universitetsforlaget.

Ellingsen, Siri Bjørtuft (2002) *Konstitusjonell sedvanerett – politisk konstruksjon eller juridisk verktøy?* Hovedoppgave i statsvitenskap. Universitetet i Oslo.

Evald, Jens (2000) *Retskilderne og den juridiske metode*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Evald, Jens (2002) *Om "forholdets natur"*. URL:  
<http://www.rettid.dk/artikler/20020100.pdf> [Lesedato 02.04.2006]

Fleischer, Carl August (1968) *Grunnlovens grenser for lovregulert fastsetting av erstatning ved ekspropriasjon, - særlig ved verdistigning som ikke skyldes grunneiers innsats*. Oslo: Universitetsforlaget.

Fleischer, Carl August (1998) *Rettskilder og juridisk metode*. Oslo: Ad Notam Gyldendal A/S.

Fleischer, Carl August (2006) *Intervju med forf.* 13. februar.

Graver, Hans Petter (1998) ”Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap”, i *Lov og rett*: 579 – 603.

Graver, Hans Petter (2006) *Personlig korrespondanse med forf.* 15. februar.

Graver, Hans Petter (2006) *Intervju med forf.* 17. februar.

Helgesen, Jan (1977) ”Om den såkalte ”konstitusjonelle sedvanerett””, i *Jussens Venner*: 194 – 240.

Hernes, Gudmund (1980) ”Hva skjer styrerne?”, *Samtiden* 2/1980.

Innst. S. nr. 1 (1932) *Innstilling fra Utenriks- og Konstitusjonskomiteen angående Specialkomiteens (av 1927) innstilling om endringer i grunnlov, ansvarlighetslov og riksrettsreglement*.

Jensen, Jørgen Albæk (1997) *Parlamentarismens statsretlige betydning*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Kinander, Morten (2002) ”Trenger man egentlig ”reelle hensyn””, i *Lov og rett*, s. 224 – 241.

Lyng, John (1958) *Veksten i statens makt. Streiftog i reguleringspolitikken*. Oslo: Studieselskapet Samfunn og Næringsliv.

Matzen, Henning (1910) *Den danske statsforfatningsrett*. Første del. København: J. H. Schultz A/S.

Michalsen, Dag (2006) *Intervju med forf.* 26. januar.

Morgenstierne, Bredo (1900) *Lærebog i Den norske Statsforfatningsret*. Kristiania: Steen'ske Bogtrykkeri og Forlag.

Morgenstierne, Bredo (1909) *Lærebog i Den norske Statsforfatningsret*. Anden omarbeidede udgave. Kristiania: Steen'ske Bogtrykkeri og Forlag.

Morgenstierne, Bredo (1918) "Anmeldelse af Knud Berlin: Den danske Statsforfatningsret. Første Del", i *Tidsskrift for Retsvidenskab*: 377 – 385.

Morgenstierne, Bredo (1926) *Lærebog i Den norske Statsforfatningsret*. Tredie omarbeidede udgave. Kristiania: O. Christiansens Trykkeri.

Morgenstierne, Bredo (1927) *Lærebok i Den norske statsforfatningsrett*. Tredie omarbeidede udgave. Andet bind. Oslo: O. Christiansens Boktrykkeri.

Nielsen, Ruth (1997) *Retskilderne*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Nordby, Trond (1983) *Venstre og samlingspolitikken 1906 – 1908*. Oslo: Novus Forlag.

Nordby, Trond (1984) "Kampen om Venstre (1906-1908)", s. 125-142 i Grepstad, Ottar og Jostein Nerbøvik (red.): *Venstres hundre år*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag  
As

Nordby, Trond (1991) *Det moderne gjennombruddet i bondesamfunnet*. Oslo: Universitetsforlaget AS.

Nordby, Trond (2000) *I politikkenes sentrum. Variasjoner i Stortingets makt 1814-2000*. Oslo: Universitetsforlaget.

Nordby, Trond (2002) "Norges grunnlov, fra styringsredskap til symbol – samt noen tanker om å gjenreise redskapsfunksjonen", *Tidsskrift for samfunnsforskning*: 481-504.

Nordby, Trond (2006) "Unionsoppløsningen i 1905 og overgangen til parlamentarisme", i *Norsk Statsvitenskapelig Tidsskrift*: 3 – 21.

Norsk Retstidende 1914.

Norsk Retstidende 1918.

Norsk Retstidende 1948.

Norsk Retstidende 1952.

Norsk Retstidende 1957.

Platou, Oscar (1915) *Forelesninger over retskildernes teori*. Kristiania: A. W. Brøggers Boktrykkeri A/S.

Rasch, Bjørn Erik (2000) *Demokrati – ideer og organisering*. Bergen: Fagbokforlaget.

Ross, Alf (1953) *Om ret og retfærdighed*. København: Nyt Nordisk Forlag. Arnold Busck A/S.

Sandmo, Erling (2005) *Siste ord. Høyesterett i norsk historie 1905-1965*. Bind II. Oslo: J.W. Cappelens Forlag a.s.

Seip, Jens Arup (1968) *Tanke og handling i norsk historie*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag.

Seip, Jens Arup (1974) *Utsikt over Norges historie*. Bind 1. Tidsrommet 1814 – ca. 1860. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag.

Seip, Jens Arup (1983) *Problemer og metode i historieforskningen*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag A/S.

Sejersted, Francis (1993) ”Kampen om fullmaktslovgivningen 1945-1953 og den konstitusjonelle utvikling”, s. 79-101 i Nordby, Trond (red.): *Arbeiderpartiet og planstyret 1945-1965*. Oslo: Universitetsforlaget.

Sejersted, Francis (2001) *Demokrati og rettsstat*. Oslo: Pax Forlag A/S.

Sejersted, Fredrik (2002) *Kontroll og konstitusjon*. Oslo: J.W. Cappelens Forlag a.s.

Sejersted, Fredrik (2006) *Intervju med forf.* 3. februar.

Slagstad, Rune (1987) ”Norsk rettsrealisme etter 1945”, i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 385- 403.

Slagstad, Rune (2001) *Rettens ironi*. Oslo: Pax Forlag A/S.

Smith, Eivind (1997) *Regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget*. Oslo: Universitetsforlaget.

Smith, Eivind (2005) *Intervju med forf.* 19. desember.

Østerud, Øyvind (2006) "Makt og urett – kommentar til en rettsteoretisk kritikk av Makt- og demokratiutredningen", i *Lov og rett*: 106-116.



## 6.0 VEDLEGG.

Her følger de generelle spørsmålene som i større eller mindre grad ble benyttet under samtalene. Når jeg skriver i større eller mindre grad, beror dette på at ingen av de intervjuede kunne svare på alle spørsmål. Noen kunne svare kun på reelle hensyn, mens atter andre bare kunne si noe løst og fast, om enten sedvaneretten eller reelle hensyn. Intervjuguiden ble dermed bare et veiledende formular; i enkelte tilfeller mer villedende. Jeg tror en forklaring er at min oppgave spenner over flere emner i jussen, som rettshistorie, rettsfilosofi og offentlig rett, og som dermed få har en fullstendig oversikt over. I jussen som i andre disipliner blir man mer emneavgrenset. Syntesen forsvinner derfor til fordel for det spesielle.

1. Hvordan stiller du deg til konstitusjonell sedvanerett generelt og reelle hensyn spesielt?
2. Er dagens konstitusjonelle sedvaner for rigide eller tøyelige? Hva kunne i så fall, etter ditt syn, gjøres bedre – også med tanke på de fire kriteriene generelt og det fjerde spesielt (konstant praksis, over tid samt opinio juris samt reelle hensyn som det fjerde)?
3. Hva hvis konstitusjonell sedvanerett ble borte? Hva så?
4. Hva kunne det eventuelt erstattes med?
5. Hva er reelle hensyn?
6. Når kom det til Norge (selve begrepet altså)?
7. Hvem innførte det til Norge?
8. Hvordan kom begrepet og anvendelsen av det hit? Var det en spesiell sak eller situasjon som banet vei?

9. Hvorfor kom det? Hva var begrunnelsen for det den gang?

10. Hva/hvem stod ”modell”/var forbilde for reelle hensyn?

11. Er du enig i påstanden om at det i dag gjøres mer vurderinger ut fra reelle hensyn/friere overveielser (det samfunnsgagnlige), og en nedtoning av de tre andre kriteriene?